✠

POR

DON IVAN DE SOTOMAYOR y Meneſes, ſeñor de la villa de Alconchel, Gentilhombre de la Camara de ſu Mageſtad.

CON

Don Pedro Alfonſo de Orellana, Marques de Orellana, y doña Maria de Mendoça ſu muger.

SOBRE

Que ſe reuoque, y dè por ninguna la execucion hecha por quantia de nueue mil cruzados, moneda de Portugal, contra el dicho don Iuan de Sotomayor, a pedimiento del dicho Marques de Orellana.



1 RESVPONESE En el hecho, que en diez y ocho de Otubre del año paſſado de ſeiſcientos y veinte y nueue, doña Cecilia de Mẽdoça por ſi, y como madre, tutriz, y curadora teſtamentaria del dicho don Iuã, doña Maria de Mendoça, y don Antonio Meneſes ſus hijos, y ellos con ſu licencia y conſentimiẽto, todos juntos y demancomũ, y cada vno inſolidum, dieron poder al Licenciado Bartolome de Cantillana Romo, ſu Alcalde mayor de la villa dè Alcõchel, para que en ſu nombre fueſſe a la ciudad de Vadajoz a tratar el caſamiento que ſe celebrò entre la dicha doña Maria de Mendoça, hija, y hermana de los otorgantes: y para que en razon dello, y de la dote que la auian de dar, pudieſſe concertar, y prometer la cantidad que le pareciesſe, y aſſentar los plazos, pagas, cõdiciones, y capitulaciones que quiſieſſe, y aceptar, y recebir las que ſe puſieſſen por la otra parte, con facultad plena para obligar a los otorgantes, y

ſus bienes, con todas las clauſulas y firmezas neceſſarias a lo cõtenido en el poder, el qual juraro los dichos menores.

2 En virtud deſte poder ſe ordenaron, y otorgarõ las capitulaciones deſte matrimonio entre los dichos Marques de Orellana, y Bartolome de Cantillana, por eſcritura que ſe otorgò en Badajoz en 22. de Otubre de 629. años.

3 Vna de las capitulaciones deſta eſcritura fue, que teniẽdo efeto el dicho matrimonio, doña Cecilia de Mendoça, y ſus hijos, darian y pagarian en dote, debaxo de la dicha mãcomunidad, veinte mil cruzados: los diez mil en dineros, en tres pagas iguales, pueſtos en la villa de Alconchel a ſu coſta, con las de la cobrança: y para mayor ſeguridad dio poder en cauſa propia al Marques, con ceſsion de acciones, y los demas requiſitos neceſſarios, para que pudieſſe cobrar eſtos diez mil cruzados de las deheſſas, y demas bienes del Eſtado del dicho don Iuã, y de ſus arrendamiẽtos, frutos, y aprouechamientos. Y en quanto al cumplimiẽto y paga de los diez mil cruzados reſtãtes, ſe dize en la eſcritura. *Y anſimiſmo los dichos ſeñores doña Cecilia de Mendoça, y ſus hijos, daràn y pagarã a ſu ſeñoria el dicho ſeñor Marques los diez mil cruzados reſtantes a cumplimiento a los veinte mil, el dia que tuuiere efeto el dicho matrimonio, en la dicha villa de Alconchel, en tapizerias, colgaduras, camas, eſtrados, menage de caſa, pieças de plata, y oro labradas, taſſado, y apreciado todo en ſu juſto valor, por perſonas que lo entiendan, nombradas por las partes.*

4 Tambien ſe capitulò, que doña Cecilia auia de mejorar, y mejoraua deſde luego en tercio y quinto, a la dicha doña Maria de Mendoça, y que el Marques auia de pedir a ſu coſta facultad Real para imponer ſobre ſus mayorazgos la dicha dote. Y vltimamente ſe capitulò, que a mayor abundãcia, y firmeza deſte contrato, y ſin inouar ni alterar la q̃ tiene, antes dexãdole todo en ſu vigor, los dichos ſeñores doña Ceciliá de Mendoça, y ſus hijos, dentro de quatro dias primeros ſiguiẽtes, ante la juſticia Real de la dicha villa de Alconchel, preſentaron peticion ofreciẽdo informacion de la vtilidad que ſe le ſigue, y precedida, ſacaràn licencia de la miſma juſticia, para le aprouar, ratificar, y otorgar de nueuo, y por ante eſcriuano, en virtud de la dicha licẽcia, y cõ la de la dicha ſeñora D. Cecilia de Mẽdoça ſu madre, tutriz, y curadora, y la dicha doña Cecilia de Mẽdoça, y los dichos ſus hijos de mancomun, haràn la dicha ratificaciõ, aproua-

cion,

cion, y otorgamiento, con las ſolemnidades, y juramento, en derecho neceſſarias.

5 En 24. dias del miſmo mes, doña Cecilia de Mendoça, y ſus hijos, pidieron licencia ante el Alcalde ordinario de Alconchel, para ratificar y aprouar eſta eſcritura. Y el miſmo dia ſe examinarõ por teſtigos de la vtilidad, a Blas Vſarte, Sebaſtian Botello, Bartolome Berjano, los quales no dizẽ mas de q̃ es vtil y prouechoſo ratificar la eſcritura para auer de tener efeto el matrimonio, y eſtar bien a los ſuſodichos. Y no dizen, ni ſe les preguntò a eſtos teſtigos, que oficio tenian, ni de donde eran naturales, y vezinos. Y luego incontinenti dio la licencia el Alcalde, y ſe ratificò la eſcritura. Todo el miſmo dia.

6 En 27. de Mayo de 1630. el Marques de Orellana dio poder en la ciudad de Badajoz a Pedro Vazquez Rayo ſu vaſſallo, y criado, para que recibieſſe las joyas, y alhajas q̃ ſe le entregaſſen por los aprecios y taſſaciones que dellos ſe hizieſſen por doña Cecilia de Mendoça, y don Iuã de Sotomayor, y el dicho Pedro Vazquez Rayo; y dio por buena la taſſacion que ſe hizieſſe en eſta conformidad.

7 El dia ſiguiente 28. del miſmo mes, vſando deſte poder otorga Pedro Vazquez Rayo, *que recibe de ſu ſeñora doña Cecilia de Mendoça madre de ſu ſeñora doña Maria de Mendoça Marqueſa de Orellana, y de ſu ſeñor don Iuan de Sotomayor y Meneſes ſu hijo, ſeñor de la dicha villa, para en pago y cuenta de veinte mil cruzados, que con la dicha ſeñora prometieron en dote al dicho ſeñor don Pedro, las pieças, y omenage, y preſeas de caſa, y axuar apreciadas por la dicha ſeñora, y el dicho otorgante, en la manera ſiguiente.*

8 *Primeramente vna tapizeria de paños de Flandes, q̃ ſon ſeis, con la hiſtoria del Rey Ciro, aualiados en mil y quiniẽtos ducados,* ſin poner las anas, ſi erã de oro y ſeda, el tratamiento, ni otra circunſtancia de las que ſe acoſtumbran poner en el ajuſtamiento de los aprecios: y en eſta forma ſe puſieron las demas alhajas y bienes que recibio Pedro Vazquez Rayo. Y al fin vn reſumen, q̃ dize: *Los quales dichos bienes ſuman y montan conforme la aualiacion, ſeſenta y dos mil quatrocientos y veinte y dos reales.*

9 En 29. de Iunio de 1630. años, recibio el Marques de Orellana muchas joyas y pieças de oro, y plata, apreciadas por el, y doña Cecilia de Mendoça, y don Iuan de Sotomayor, en la forma ſiguiente.

Diez

Diez y ocho pares de puntas de oro, guarnecidas con perlas.

Vna pretinilla con sesenta piezas de oro pequeñas.

Vna cruz de oro, con treze diamantes.

Vna perla gorda pendiente della.

Vna cadena de oro con vnas pieças, y quarenta diamantes, y otras veinte cruzes de oro, y quarenta perlas gordas.

Otra vanda de oro, con ciento y cincuenta pieças de oro. Y desta manera se prosigue, poniendo mucho numero de joyas, y pieças, sin dar valor a cada vna, ni declarar el tamaño, y calidad de las piedras, ni el peso y hechura de las pieças, ni otras circũstãcias precisas para llegar a saber el valor dellas. Y despues de puestas todas, se dize enel recibo. *Todos los quales dichos bienes, y joyas se aualiarõ y apreciarõ, como dicho es, por los dichos señores, en cinco mil cruzados: y de los dichos precios el dicho señor Marques los recibio, y confiessa ser su justo valor.* Y mas abaxo dize: *Y con esta cantidad, y lo demas q̃ tiene recibido en bienes muebles, por persona de Pedro Vazquez Rayo cõ su poder, hazẽ todos onze mil cruzados. Por manera que en esta dicha cantidad tiene recibidos mil cruzados mas de los que se prometieron en bienes muebles, y joyas; y restansele deuiendo a su Señoria nueue mil cruzados, &c.*

10 Por esta cantidad fue executado don Iuan a pedimiento del Marques de Orellana, y pretẽde que se ha de reuocar la execucion por quatro medios, ò Articulos principales.

El primero, que en la obligacion, y ratificacion della, en cuya virtud està executado don Iuan, se conocẽ muchas nulidades, qualquiera dellas suficiente para declarar ninguno el contrato, y la execucion del.

El segundo, que el juramento no confirmò en este caso la obligacion de don Iuan, ni suplio las nulidades que se ponderan en el Articulo primero.

El tercero, que interuino lesion enormissima, por la qual se deuiera rescindir la obligacion de don Iuan, quando no fuera nula, como lo es.

Y el quarto, que quando cessara lo q̃ se funda en los tres Articulos precedientes, se deuiera dar por ninguna la execucion, por no auerse guardado las condiciones de la escritura, en cuya virtud se executa.

PRIMVS ARTICVLVS.

¶ Considerando atentamente la forma deste contrato, no ay

ay parte, ni circunstancia en el, que no descubra su nulidad, de que se harà demonstracion, por las consideraciones siguientes.

11 Primò, porque el Licenciado Bartolome de Cantillana en virtud del poder que tuuo no pudo obligar a dõ Iuan en la forma que le obligò; porque era necessario que precediesse conocimiento de causa, licencia y decreto judicial para dar este poder, y obligar en virtud del insolidum a don Iuan, y sus bienes, y rentas, a suma tan grande como la de veinte mil cruzados, pues sin esta solemnidad que se requiere pro forma, ni se puedẽ agenar los bienes del menor, l. si prædia 11. l. magis puto, §. non passim, D. de rebus eorum, l. si pupillorum 7. D. de rebus, & alijs rebus minorum, ni obligar, ò hipotecar, l. lex quæ tutores 22. C. de administratione tutorum, ibi: *Vel pignorare*, Rubr. & toto tit. C. de prædijs, & alijs reb. minor. sine decreto non alienandis, vel obligandis, Signor. cons. 227. nu. 2. Bald. cons. 499. n. 1. vbi: *Quòd non interueniente decreto, actus ipso iure non tenet, quia defuit solemnitas formalis, & substantialis*, quod procedit nedũ in mobilibus, sed etiã in mouilibus magni valoris, & quæ seruando seruari possunt, d. l. lex quæ tutores, C. de administr. tutor. l. 18. tit. 16. p. 6. vbi Greg. glos. 2. & 3. & idẽ in l. 14. tit. 11. p. 4. glos. 2. Surd. decis. 287. n. 17. Fachin. lib. 3. controuers. cap. 1. & etiam in magna pecuniæ quantitate, vt ex d. l. quæ tutores, tenet Gregor. in d. l. 14. tit. 11. p. 4. glos. 2. ad fin. Arius Pinellus in 2. p. l. 1. C. de bonis mater. à n. 42. ad 51. Y assi el Licenciado Bartolome de Cantillana no pudo obligar las dehessas, y rentas del mayorazgo de don Iuan, ni dar poder en causa propia con cessiõ de acciones al Marques de Orellana, para los diez mil de los veinte mil cruzados, ni capitular que los diez mil restantes se le pagariã en joyas, piezas de plata y oro, y menaje de casa, vt nominatim in d. l. quæ tutores, ibi: *Quòd in veste, margaritis, gemmis, & vasculis, cæteraque supellectili necessarium est*. Surd. d. decis. 287. n. 17. Et consequenter, lo que haze el curador sin esta solemnidad es nulo, d. l. quæ tutores, §. lex enim, & per totum titulum, C. de prædijs, & alijs rebus, & cum alijs vulgatis. Y pues conforme a lo dicho, fueran ningunas estas capitulaciones, aunque don Iuan y su madre las huuieran otorgado personalmente por el defecto referido, con mayor razon lo son auiendose otorgado por otro en virtud de su poder, vt est perspicuum.

12 Secundò, porque aunque en la obligacion que hizo Bartolome de Cantillana huuieran interuenido estas solemnidades, adhuc fuera nula, por auerlo sido el poder en cuya virtud obligò a don Iuan, en el qual se conocen muchos defetos essenciales.

les. El primero que de la manera que el menor no puede enagenar,ò obligar sus bienes sin decreto judicial, assi no puede dar poder para qualquiera destos actos,sin que preceda el mismo decreto,con examen y conocimiẽto de causa,de la que ay para darle,quod procedit in Vniuersitate,Ecclesia,& minore: pulchrè Bald.cons.499.lib. 2. Geminian. cons. 139. in princ. vers. Item non apparet,& notant Doctores in l.actor, D.de appellation.& in l.nulli,D.quod cuiusque Vniuersitatis nomine, & in l.omnes,§.nihilominus,C.de Episcop. & cleric. Federicus de Senis cons.100.num.3.& 4.

13 Secundò, Bartolome de Cantillana no jurò, ni podia jurar la obligaciõ sin poder especial, quod omnino requiritur in procuratore,vt possit ius iurandũ præstare, vt sunt iura expressa in l.ius iurandum,§.fin.D.de iure iurando,cum alijs vulgatis, y para esto no se le dio poder.

14 Tertiò,quãdo para dar este poder huuiera precedido decreto judicial,y las demas solemnidades necessarias,adhuc fuera nulo,por no tener limitacion,ò expressión de la cantidad en q̃ Bartolome de Cantillana auia de obligar a don Iuan. Y si el poder dado por vn menor en esta forma valiesse, se conociera luego lesion enormissima en dar facultad al procurador, para obligarle en la cãtidad que quisiesse. Nam actus,ex quo minor lædi potest,consideratur ac si ex ipso statim læderetur,& læsus videtur statim,l.si minor 25.annis,35.§.minores,D.de minoribus,Osasc.decis.158.n.12. Crauet. cons.192.nu.4. Decius cons.556.n.8.Abb.cons.31.lib.2.in princ. Y assi el poder que dà el menor,ha de tener determinada la cantidad en que el procurador le ha de obligar,ò la cosa que ha de enagenar. Y por esta razon es necessario que al poder preceda decreto judicial, el qual no se puede interponer en acto,ò disposiciõ,que no tiene determinaciõ cierta,y expressa. Decretum enim æquiparatur sententiæ,vt dixit Bald.in l.1.C.de contrahend.empt. Fabian.de Monte in tract.de empt.& vendit.n.99 in fin. & ideo si cui sententia super incerta quantitate interponi non potest, vt ex Rubr. & toto tit. C. de sentent. quæ sine certa quantitate,&c. Y siendo el decreto vna sentencia,en que el juez interponiendo su autoridad determina, que el acto que se celebra es justo,Glos.in cap.1.verb.tractatus, de reb.Eccles.non alienandis,ibi: *Decretum est sententia,qua iudex contractum futurũ iustum esse decernit, auctoritatem suam interponendo*, es claro que no puede determinar sobre la justicia,ò conueniencia del acto,sin estar determinada la materia del, en la cantidad cierta de la obli-

obligacion, ita in indiuiduo tenet Federic. de Senis cons. 100. n. 4. ibi: *Ratio est, quia constituitur cum decreto, & decretum interponitur super re certa, non incerta, vt D. quod cuiusque Vniuersitatis nomine litem eorum, &c.* Cui simile est, que el poder de vna Vniuersidad (que goza del priuilegio de menor) para vender sus bienes, es nulo si no se especifican nominadamente los que se han de vender, Crauet. cons. 77 3. n. 7. ait: *Secunda mandati nullitas, quoniã iure hoc certissimo vtimur, vt exprimi bona in specie debeant, quæ venundari communitas mandat, neque satis generale mandatum est de bonis Vniuersitatis alienandis. Bald. notabiliter in Rubric. C. de contrahend. empt. q. 3. Sequitur Decius in cap. decernimus, n. 12. in fin. de iudicijs, & in cons. 142. col. fin. circa mediũ.* Rursus idem Craueta cons. 652. nu. 3. vers. 4. & allegat Roland. à Valle cons. 90. nu. 28. lib. 1.

15 Y aunque se diga que se jurò este poder, no es de momento, porque el juramẽto no tuuo materia cierta y determinada. Iuramentum enim de non impugnando contractum postea gerẽdum, absque præfinitione obligationis, illũ non cõfirmat, Paulus de Castr. in l. si quis mihi bona, §. iussum, n. 2. D. de adquir. hæredit. Asinius de executionib. §. 9. cap. 354. & communẽ vocat Ias. in Auth. Sacramenta puberum, nu. 75. Y el juramento presupone consentimiẽto del acto que confirma, vt in l. fin. C. de non numerat. pecun. cum vulgatis. Y en el poder que dio don Iuan no consintio en que el procurador le obligasse en la cantidad, y en la forma que le obligò, de la qual no tuuo precognicion, ni consentimiento deliberado, y assi quando dio el poder, por no auer sido determinado a cosa cierta, y cõ preuio conocimiento de lo que en virtud del se auia de hazer, ignoraua lo que se hizo y capitulò, y assi no le obligò el juramento, quod ignorata, seu incogitata non confirmat, mayormente quando de la generalidad de las palabras se toma ocasion para obligar al que jura, ad ea de quibus verisimiliter iurans nõ disposuisset: text. optimus in cap. cum iuramento, & ibi Glos. de homicidio, Marcabrun. cons. 66. n. 154. Surd. cons. 150. n. 45. 46 & 47. Y esto es superabundante, porque aunque don Iuan jurò el poder, no jurò el contrato que hizo Bartolome de Cantiliana, ni dio poder para jurarle. Y como quiera que el juramento en el cõtrato del menor supla el defeto de autoridad judicial, ò la del curador, no la suple en el poder, vt pulchrè Bald. cons. 309. 2. p. per plures rationes, has præcipuè: *Sed veritas est in contrarium, quia illa Auth. loquitur de his quæ geruntur ex consensu vtriusque partis, sed mandatum procuratoris non consi-*

stit

stit nisi in voluntate solius mandantis, & ideo mandans potest pœnitere, ut not. in cap. ultimo, de procuratoribus, lib. 6. Praeterea, istud iuramentum claudicaret. Nam aduersario acceptante valeret, eo non aceptante non valeret, ista est enim opinio quorundam, & falsa, quia non debet claudicare. Item non obstat glossa quae est in Auth. Sacramenta puberum, quia illa glossa intelligitur, quando super contractu facto in iudicio iurato exemplum in stipulatione iudicatum solui, sed in casu nostro nihil fuit contractum cum aduersario, & sic nō obstat illa glossa. Item, iudicia sunt iuris, & ideo non est in potestate non habentis legitimam personam, legitimare se, vel alium, quia non debet claudicare. Nam etsi quandoque reperiatur contractum claudicare fauore minoris, nunquam tamen claudicat in eius laesionem, ut C. de procurat. l. non eo minus. Praetereà, mandare non est contractus nisi inter procuratorem, & dominum, ut D. de procuratorib. l. licet, §. ea obligatio. Unde procuratorium respectu aduersarij, non est cōtractus, vel quasi, delictum, vel quasi, & ideo nō habet locum, Auth. Sacramenta puberum. Ex quibus concludo, quòd dictum procuratorium non valet. Palabras que por notables, y ser el lugar muy singular, se refieren a la letra.

Nulidad de la ratificacion.

QVANDO En la ratificacion del contrato, y capitulos matrimoniales huuierã interuenido todas las solemnidades de q̃ carece, adhuc fuera nula, por algunos fundamẽtos precisos.

16 Porque en el contrato que se ratificò interuino dolo, nō solum re ipsa, sed etiã ex proposito (quod ex dictis, & clariùs ex inferius dicendis cognoscetur) y el acto doloso nunca se cõfirma por la ratificacion del, l. 1. C. si maior factus ratum habuerit: & ibi Glo. verb. *dolo*, Bart. in l. Pomponius scribit, n. 7. D. de negotijs gestis, Verallus decis. 1. p. 3.

17 Secundò, porque el decreto judicial, y las demas solemnidades son essenciales, y se requieren por forma y sustancia del acto, y assi no interuiniẽdo en el, es nulo ipso iure, y aũq̃ despues se interpongan, no se ratifica, ò confirma, l. magis puto, §. non passim, D. de reb. eor. ibi: *Et ideo Praetori arbitrium huius rei Senatus dedit, cuius officio inprimis conuenit hoc excutere.* Glos. in c. 1. verb. tractatus, de reb. Eccles. non alien. ibi: *Et interponitur ante contractum.* Bald. in d. §. non passim, ibi: *Nota ex hac lege, quòd decreti interpositio est futurae venditionis permissio, & decreto ordine, debet praecedere venditionẽ.* Idem Bald. in l. 1. n. 2. C. si aduersus transact. ibi: *Sunt ipso iure nullae, non antecedente decreto.* Et ibi n. 3. *Quòd ad validationem compromissi minoris super re immobili, est necesse quòd interueniat decretum in ipso compromisso, & nō sufficit*

quòd

quòd interponatur postea in laudo. Y la razõ verdadera desto es, que quando el consentimiento no solo se requiere en fuerça de consentimiento simple, sino por solemnidad, ò para autorizar el acto, ò integrar la persona que le haze, ò para qualquier efeto destos, es conclusion certissima, que aunque se interponga despues del acto, no le confirma, text. in cap. auditis, iuncto cap. quia propter, de electione, Innocen. Antonius de Imola in cap. cùm consuetudinis, de consuetudine, Cinus, & Baldus in l. vlt. C. ad Macedonianum, Ioannes Andreas in cap. 1. de rebus Ecclesiæ non alienandis: rursus Baldus in l. 1. C. qui admitti ad bonor. &c. Et in l. vltima, §. necessitate, C. de bonis quæ liberis, & in repetitione legis primæ, col. 5. vers. iuxta hoc quæro, C. de sacrosanctis Eccles. Imola, Paulus de Castro, Alexand. Franciscus Aretin. in l. si quis mihi bona, §. iussum, D. de adquirenda hæreditate, Bart. in l. si vni, in fine, D. de re iudicata, Geminianus cons. 32. nu. 7. Y es la razon, que lo que se requiere por solemnidad, es indiuiduo del acto, y no se puede separar del, vt pulchrè Baldus in cap. 1. col. 1. de alienatione feudi paterni: & est text. in l. cùm authoritas, C. de testamentis, & in l. hæredes palàm, in fine, D. eodem. Y la forma es indiuidual del acto, l. furiosum, vbi Bartol. & alij notant, C. qui testam. facere possunt. Y assi ha de concurrir contemporaneamente en el, vt dixerunt Cardinal. & Imola in Clement. causam, §. penult. de elect. per text. in l. cùm hi, §. si Prætor, D. de transactionib. y auiendo de ser contemporanea, como quiera que sobreuenga despues, no obra efeto alguno, l. obligari, §. tutor, & ibi not. D. de authoritate tutorum, & l. matrem, C. de probationibus, & l. his verbis, §. interdum, & ibi Angelus D. de hæredib. instituend. Iacobus Butrig. & Bart. in l. quid ergo, in princ. D. de his qui notantur infamia, Cinus in l. vltim. C. ad Senatus Cōsult. Macedon. & propterea cùm actus ex defectu solemnitatis corruit, non potest postea confirmari ex interuentu ipsius solemnitatis, Ioannes Andr. in cap. 2 de vsuris, lib. 6. Bartol. in l. filio præterito, D. de iniusto rupto, &c. & in l. 1. §. sed si filius, D. de legat. 3.

18 Tertiò, porque aunque este contrato fuera confirmable por la ratificacion, no quedarà confirmado por la que hizo don Iuan, porque se hizo en execucion de vno de los capitulos del contrato, por el qual se obligò Bartolome de Cantillana, y obligò a don Iuan, a que le ratificaria, y aprouaria: y la licencia que se pidio para ratificarle, fue en cumplimiento

de lo capitulado, y asi la ratificacion no fue meramente dispositiua, y espontanea, sino en execucion y cumplimiento de lo prometido, y conforme a esto se deue regular por la sustancia del acto principal, en cuya execucion se hizo: & per consequens, auiendo sido nulo y doloso, lo fue tambiē lo q̄ se hizo en orden a su cumplimiento; vnde, la escritura que se haze en cumplimiento de otra, se ajusta de modo a la primera, que aunque la segunda exceda, falte, ò varie, se juzga error, porq̄ ne se presume mas consentimiento en esta, que el que huuo en la primera, en cuya execuciō se hizo, vt pulchrè & plenè Alexander cons. 156. lib. 6. Y asi el consentimiento de don Iuan en esta ratificacion, no fue absoluto, espōtaneo, ò dispositiuo, sino necessitado al cumplimiento del contrato matrimonial, por el qual le parecio a don Iuan, como menor poco aduertido, y muy engañado, que tenia obligacion a ratificarle: y asi no se puede negar q̄ le aprouò con supuesto y pretexto erroneo, de que estaua obligado a aprouarle conforme a lo capitulado, sin que huuiesse quien le certificasse, ò aduirtiesse, que no tenia obligaciō a ratificarle; y asi padecio vn engaño muy perjudicial en esta ratificacion, y el error con que la hizo, excluyò el consentimiento, vt l. si per errorem, cum vulgatis, D. de iurisdictione omnium iudicum.

19 Quartò, porque el decreto judicial desta ratificacion fue nulo por defeto de juridicion, porque don Antonio de Silua Alcalde ordinario de la villa de Alconchel, no la tuuo, ni pudo interponer el dicho decreto, por ser juez inferior, rural, y pedaneo, *cui non licet decretum interponere*. Nam hoc tantùm iudicibus maioribus, & illustribus, nō municipalibus, nec pedaneis competit, de quibus in hoc non confidit lex, vt singulariter Bald. in l. tutores, D. de confir. tut. quod pro singulari approbat Ias. in rubr. C. qui admitti, &c. 3. col. & in l. pacta nouissimā, 3. notab. C. de pactis, & in indiuiduo in iudicibus, & officialibus castrorum, & villarum, tenent Ang. in Auth. vt dif. iudic. §. si tamen, col. 9. Natta cons 162. nu. 20. lib. 1. vbi rationem assignans, ait: *Quia iura permittunt alienationem bonorū pupilli cum decreto Prætoris vrbani, vel Præsidis Prouinciæ, l. 1. in princ.* ibi: *Tunc Prætor vrbanus vir clarissimus adeatur, D. de reb. eor. & patet C. de prædijs minor. per omnes ferè leges illius tituli, & hoc eorum decretum nō poterant alij demandare, l. 2. D. de offic. eius, ex quo colligitur, quòd ipsorum industria, & diligentia, erat electa, & quòd inferioribus, idē non licebat, & ideo si qua est præsumptio pro illorum*

illorum decreto propter amplitudinem Magistratus non debet trahi ad alios, qui minus habent officium, pro quibus non tantum præsumitur. Y esto se verifica mas, de que la interposicion destos decretos est mixti imperij, l. ne quidquã, §. vbi, D. de offic. Proconsulis, quod imperium iudicibus villarum non competit, vt est perspicuum.

20 Putereà, quando el dicho Alcalde de Alconchel huuiera tenido juridiciõ para interponer su decreto, adhuc fuera nulo por defeto de todas las solemnidades que se requieren para interponerse legitimamente. Nam in primis, los testigos de la vtilidad auian de ser mayores de toda excepcion, y no vezinos de Alconchel, ni vassallos de don Iuan, sujetos a doña Cecilia de Mendoça su curadora, y señora de los dichos testigos, y que administraua la juridiciõ, y señorio de la dicha villa, y deseaua el efeto deste contrato en la forma que se dispuso, y celebrò por su orden. Y demas desto, depusieron sin inteligencia del caso, y sin dar razõ particular de la vtilidad, mas de q̃ era conueniẽte el matrimonio: siendo assi, q̃ para q̃ huuiesse justo examen, y conocimiento de causa, como se requiere en semejantes casos, se les auia de preguntar que haziẽda tenia don Iuã, que bienes libres, si podia sin empeño de sus rentas obligarse a tanta dote, si doña Cecilia de Mendoça tenia bienes para dotar competentemente a su hija, ò con que cantidad pudiera ayudarla, y que cantidad juzgauan por dote competente, para que doña Maria de Mendoça se pudiesse casar; sobre todo lo qual auian de dezir los testigos con particular ciencia de la materia. Y demas desto, el juez auia de inquirir, y informarse de todo lo referido, y para certificarse mas, ver las particiones, inuentario, y demas papeles tocãtes a la hazienda de don Iuan, y de su madre, y hermanos, y el estado q̃ al presente tenia, quod omne abundè probatur in vulgata l. magis puto, §. non passim, D. de reb. eor. cuya decision procede en todos los actos, ò contratos de menores, que necessitã de decreto judicial. Azon in Summa, C. de prædijs minor. n. 50. Innocent. in cap. dudum, in princ. de reb. Eccles. nõ alien. & est etiam text. in l. si quis sepulchrũ, §. vlt. & ibi Ioan. Baptist. Asinius, qui alia iura adducit, D. de relig. & sumpt. fun. plenè Menoch de arbitrarijs iudicũ, lib. 2. casu 171. per totum, præcipuè à n. 9. vbi ait, quòd hoc non obseruato, nullũ est quod agitur. Y son muy de notar al proposito estas palabras del §. non passim, citado, ibi: *Nec nimium tutoribus, vel cura-*

curatoribus credere, qui nunquam lucri sui gratia asseuerare Prætori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari, requirat ergo necessarios pupilli, vel parētes, vel libertos aliquos fideles, vel quem aliū, qui notitiam rerum pupillarium habeat, aut si nemo inuenitur, aut suspecti sunt qui inueniuntur, iubere debet edi rationes, itemquè sympsin pupillarium bonorum aduocatumquè pupillo dare, qui instruere possit Prætoris Religionem, an assentire venditioni, vel obligationi debeat: & ideo consequenter dicemus, nullam esse venditionem, nullumquè decretum.

21 Tambien se conoce la nulidad deste decreto, y quāto se afectò, y procurò obligar a don Iuan, de la breuedad, y poco interualo de tiempo que huuo del contrato a la ratificaciō, porque el poder se dio a Bartolome de Cantillana en 18. de Otubre del año passado de 29. y el contrato fue en 22. y la ratificacion en 24. del mismo mes: y en este dia se dio peticion, y la informacion de vtilidad, y se siguio el decreto, y licencia judicial. Consideracion que sola ella bastara para ser nulo el decreto, porque siendo tan necessario para darle conocimiento de causa, presume el derecho, que no le huuo quando se procedio tan apresuradamēte, y assi es nulo ipso iure, Bart. in l. prolatā, C. de sent. & interloc. omn. iud. Bald. in l. 1. C. si aduers. donat. Alex. & Ias. in d. l. ne quidquā, §. vbi decretū, D. de of. Proconf. Ang. in §. tripli, Inst. de act. Anton. Sicul. in repetitione cap. Ecclesiæ sanctæ Mariæ. de constit. Anchar. cōs. 25. Francisc. Curt. cons. 46 col. 4. Ioan. Crot. cons. 26. nu. 10. Paris. cons. 85. n. 48. lib. 3. Ruin. cons. 170. vol. 1. Rolan. à Valle cons. 36. n. 10. & sequent. lib. 1. Menoc. in tract. de recuperanda possessione, remed. 15. n. 140. & seq. ¡Y se pōdera tanto la solemnidad, inquisicion, examen, y diligencia, que deue preceder a la aprouacion judicial, que el juez la deue dar sedens pro Tribunali, & non de plano, l. 7. in fin. de confirmando tutore, l. 3. §. si causa, D. de bonor. pos. y el que sin estas solemnidades aprueua el cōtrato, punitur in publicatione bonorum, & dignitatis amissione, vt plures quos refert, & sequitur Neuizanis cons. 21. num. 10.

22 Prætereà, auiendo sido nulo el contrato que hizo Bartolome de Cantillana, vt manifestè constat ex dictis, es certissimo que en caso que huuiesse obligacion, se auia de considerar desde la ratificacion, y confirmacion del. Nam vt eleganter ait Bald. in l. ex placito, n. 8. C. de rerum permutatione, quando actus cōfirmatus prorsus est nullus à principio, agitur ex cōfirman-

firmante, non ex confirmato: y assi la ratificacion se auia de hazer en este caso por ambas partes, scilicet, el Marques, y dõ Iuan, vt notabiliter Angel. conf. 279. n. 3. vbi fundat, quòd quã do actus nullus requirebat consensum duorum, vtriusq; consensus in ratificatione requiritur. Y pues el cõtrato fue nulo, como se ha fundado, era necessario (en caso que fuera confirmable) que interuiniessen en la ratificacion las mismas solemnidades que deuieron interuenir en el, vt expressè Crauet. cõsil. 773. n. 12. verf. Tertiò, vbi multos ad id allegat Osascus decis. 166. nu. 13.

23 Tambien es nulidad patente de la ratificaciõ, auerse hecho sin autoridad de curador, porque doña Cecilia de Mendoça, no solo no pudo autorizarla, antes la hizo sospechosa, como se fundarà con euidencia en el Articulo siguiente, y otras nulidades, que por no repetirlas no se dizen en este.

SECVNDVS ARTICVLVS.

24 ¶POR Parte del Marques de Orellana se alega, que cõ el juramento q̃ hizo don Iuan quedaron suplidas qualesquiera nulidades, y defetos de solemnidad. Y aunque se funda tan confiadamente en esta alegacion, que la juzga por inuẽcible, responderemos a ella con euidencia, sin embaraçarnos en la question tan disputada, de si el juramento confirma el contrato nulo, por defeto de la solẽnidad q̃ el derecho requiere pro forma, pues no necessitamos desta disputa, respeto de que quã do el juramento regularmente confirme contratos de menores, defectuosos en las solemnidades que requieren, no la suplió en este caso, ni quedò confirmado el contrato, y ratificacion de don Iuan, de que se harà demonstracion por muchos medios, y respuestas, qualquiera dellos concluyente.

25 Et primò dicimus, que doña Cecilia de Mendoça, madre y curadora de don Iuan, y que como tal autorizò este contrato, fue interessada en q̃ se obligasse en la forma referida, porque perteneciendole en primer lugar como a madre de doña Maria de Mendoça, la obligaciõ de dotarla, vt est perspicuũ, & inferius dicetur, fue beneficio suyo, q̃ dõ Iuã se obligasse como principal dotador. Y demas desto, auiendose obligado todos insolidum, y de mancomun, fue don Iuan en sustancia fiador de su madre, l. reos promittendi 11. D. de duob. reis, ibi: *Vice mutua fideiussores non inutiliter accipi conuenit.* Y es efeto de la mancomunidad, vt vno facultatibus deficiente, alij con-

ueniri posint sicut fideiussores, vt notatur in d.l.11. & præter alios eleganter Vvesembechius ad titulum de duob. reis, nu.6.l.vir vxori, §.fin.D.ad Velleianum, l.si pro parte, §.fin. D.de in rem verso, & vtrobique Doctores, Fulgos. & Paulus de Castro in d.l.si vir vxori, §.fin. & in indiuiduo nostri casus Natta conf.658.nu.4. Y asi considerando a don Iuan como principal obligado, fue su madre vtilissimamente interessada en su obligacion. Y si le consideramos como su fiador, no es menos el interes y beneficio que recibio. Con este presupuesto cierto se aplica vna conclusion verdadera, scilicet, que el juramento no confirma el contrato, en que fue interessado el curador que le autorizò, vt singulariter & eleganter Baldus conf. 200.incipit, Vobis spectabili, volum.3. num.2. vbi ait: *Tamen considerandum est, quod inter tutorē, & pupillum fieri non potuit compromissum ex quo alienatio, vel etiam obligatio sequi posset, vt plene legitur, & notatur in l.1.D.de nouat. nec inter procuratorem generalem, & adultum, quia adultus curatorem habens similis est pupillo, vnde curator repræsentat eum tanquā pupillum, præsertim, & in eo quod geritur inter eos, ideo iuramentum non repræsentat adultum maiorē, quiaècontrario obstat representatio pupillaris ætatis, vt C.de in integrum restitutione minorum, l.si curatorem habēs, item quia secum contrahere prohibetur, D.de contrahen. empt. l.si in emptione, §.finali, nisi cum auctoritate alterius curatoris, & iudicis, & bona fide, C.de contrahend. empt. l. cum ipsa.* Idem rursus Baldus per ea omnino verba, conf.143.nu.2. lib.3. & rursus conf.144.eodem lib.3. Y si se dixere, que aunque el menor contrate sin autoridad de curador, la suple el juramēto, y que asi no importa que el curador sea interessado, pues sin su autoridad valiera el contrato. Se responde, que aunque esta dotrina fuesse cierta, estamos en diferentes terminos, pues aunque el menor contrate sin curador, puede ser su obligacion espontanea, y sin dolo, y el juramento solo suple en este caso el defeto de la edad: mas en el nuestro es doloso el cōtrato que se hizo con autoridad de doña Cecilia, y con ella, pues en sustancia, por la mancomunidad fueron fiadores ad inuicem. Y ademas de ser tan interessada en esta obligacion, como se ha ponderado, fue quien afectò, y solicitò el efeto della. De que se conoce claramente, que interuino dolo, & per consequens, que no la confirmò el juramento, Glos.final. in princip.in l.1.quam ibi ad hoc notat Baldus, C.si aduers.vend.glos.2.in cap.1.§.item sacram, de pace iurament.firmanda, vbi id iterum

rum Bald. notat in q. 4. Salicetus, Paul. de Castr. & Iason, & alij in Authent. Sacramenta puberũ, Imola in cap. cùm contingat, de iure iur. Abbas cons. 107. in 4. dubio, volum. 2. Ancharran. cons. 88. 176. & 340. & communiter cæteri omnes qui de hoc scripserunt.

26 Secundò, & principaliter se responde, que el juramento suple las solemnidades que no interuinieron, ni formal, ni materialmente, mas quando las que huuo fueron solamente aparentes, y extrinsecas, no formales, y legitimas; ni con las calidades que el derecho requiere, como en nuestro caso, donde ni el decreto judicial fue valido, ni doña Cecilia pudo autorizar esta obligacion, no la confirma el juramento, por dos razones precisas.

27 La primera es, que don Iuan entendio que se obligaua con autoridad de curador, y con examen, y aprouacion judicial, y assi quiso contraer en esta forma: y auiendo sido inualida, y solo aparente, huuò error, y falta de consentimiento; y aunque la obligacion valiera sin esta solemnidad, no fue valida, queriendo obligarse con ella; ad quod est bonus textus in l. si is ad quem, D. de adquirenda hæreditate; vbi aditio hæreditatis facta ex incongruo capite, neque sustentari potest ex congruo, ex quo fieri potuisset. Et l. 3 §. 1. D. iudicatum solui, ibi: *Et si quidem tutor sit non tamẽ quasi tutor negotium administret, vel dum ignorat, vel alia ex causa, dicendum erit non committi stipulationem.* l. multum interest, C. si quis alteri, vel sibi, in fine, ibi: *Si verò ab initio negotium vxoris gerens, comparasti nomine ipsius empti actionem, nec illi, nec tibi quæsisti, dumquè tibi non vis, nec illi potest.* Et in proposito simili est etiam textus in l. si seruus communis Mæuij, §. si seruus Titij, D. de stipulatione seruorum, l. quod sponsæ, C. de donationibus ante nuptias, l. in ambiguo, D. de rebus dubijs, cap. ex parte, de concessione præbendæ. Y la estipulacion inutil por defeto de forma, no vale en fuerça de obligacion natural, aunq̃ interuiniesse consentimiento suficiente para produzirla, l. 1. §. si quis ita interroget, D. de verborum obligationibus, vbi Ias. nu. 6. ait: *Nota ex eodem textum, quòd vbi agitur de obligatione contrahenda, si non valet quod ago, vt ago, non valet etiam vt valere potest.* Y esta conclusion no es dudable, quando al que se quiso obligar le era mas conueniente la forma en que se obligò; que otra; porque en este caso es cierto que no intentò obligarse de otro modo, y assi no se sustenta por el la obligacion, que es inualida

en

en la forma que se hizo. Y esta intencion y voluntad se colige por conjeturas de la conueniẽcia del que se quiso obligar, quando pudiera no serle vtil obligarse de otro modo, vt cõmuniter tenent omnes, quorum plures plenè confert, & comprobat Camillus Galin. de verborum signific. lib. 9. cap. 36. per totum, præcipuè à nu. 28. & est bonus text. in l. 1. §. eum qui, D. de const. pecun. Conclusion que se aplica indiuidualmente a nuestro caso, porque al menor le es mas vtil obligarse con autoridad de su curador, y aprouacion judicial, pues por este medio preuiene la lesion que pudiera padecer por su facilidad, y poca experiencia: y quando se obliga en esta forma, jura el contrato animosamente, y sin rezelo, pareciendole que no ay engaño donde interuino esta solemnidad, y examen, y ansi el juramento en tanto es voluntario, en quanto entendio que confirmaua con el vn contrato hecho con solemnidad, que creyò ser valida, y que con ella se excluìa el temor de la lesion que pudiera temer: y faltando todo esto, y el pretexto con que quiso obligarse, faltò la voluntad, y consentimiento, y consiguientemente la fuerça del juramento, el qual no obliga vbi non est consensus, vt communiter notatur ex l. vltima, C. de non numerata pecunia, per illum textum, & est vulgare. De que se conoce tambien con euidencia, que aqui no pudo tener el juramento fuerça de clausula codicilar, scilicet, vt valeat actus omni meliori modo quo possit, porque esto procede quando al que hizo el acto le era vtil que valiesse, y se conseruasse su disposicion en qualquiera forma, nam tunc tuuo consentimiẽto, y voluntad de que valiesse en qualquier modo possible: y en este caso el juramento tiene materia de consentimiento a que aplicarse; mas no auiendole, no puede suplir su defeto, vt est perspicuum, & ex prædictis Auctoribus constat. Y aunque lo dicho es tan en terminos, es mas indiuidual para esta consideracion la decision singular del capitulo consulti, de procurat. y alli Panor. nu. 8. vbi post multa verba de hoc, ait: *Et finaliter videtur concludere, quòd siue authoritas sit necessaria, siue non, ex quo isti de Vniuersitate voluerunt constituere syndicum authoritate illorum, non valet actus, ex quo illi erant excommunicati, quasi isti non intenderent actum explicare sine illorum authoritate, & hoc est valde notandum, ex quo habetur, quòd si in actu, vbi de iure non requiritur authoritas, fuit postulata authoritas à non habente potestatem illam interponendi, non valet actus.*

28 La ſegunda razon principal deſta reſpueſta es, que la ſolemnidad que interuino en eſte caſo, no ſolo fue nula, como ſe ha ponderado, ſino ſimulada, y en orden a executar, y encubrir el dolo y engaño que padecio don Iuan en eſta obligacion, quod liquidò conſtat, tam ex dictis, quàm ex ſequentibus.

29 Primò, es cierto que quando ſe le dio el poder referido à Bartolome de Cantillana, no ſe tratò con don Iuan, ni ſe le dixo, que le auia de obligar en la cantidad de veinte mil cruzados que le obligò, pues no es veriſimil que ſi ſe huuiera cõferido con don Iuan, y el huuiera conſentido en que le obligaſſe por eſta cantidad, no la lleuaſſe eſpecificadamente en el poder, y aſsi no ſe le dixo, porque no dificultaſſe, ò reſiſtieſſe el otorgarle: y como ſe ha fundado, la facultad general y abierta, es artificio para engañar al que la dio aſsi, por ſu facilidad, y poca aduertencia. Y deſpues de obligado don Iuan en virtud del poder, es cierto que fue mas facil la execucion del dolo que padecio, pues fuera neceſſario valor, y reſolucion de varon muy ſagaz, y de edad perfeta, para retirarſe, y no cumplir con lo que ya eſtaua capitulado, ratificãdolo, añadiendo a eſto los reſpetos de no atreuerſe a impugnar lo hecho entre perſonas tan graues, y a la viſta dellas. Y eſto procede aunque don Iuan huuiera aduertido el perjuyzio que recibia de ratificar las capitulaciones, pues la impreſsion que hiziera lo dicho en el animo de vn menor, le ſuſpendiera el aliento de impugnarlo, aunque conociera ſu falencia. Y eſta conſideraciõ es tan veriſimil, que ſe puede alegar por ley, y razon natural, pues ſe aplica adequadamente al entendimiento. Nam veriſimilitudo pro veritate, & pro lege, & pro diſpoſitione expreſſa habetur; & qui veriſimile allegat, dicitur habere caſum legis, Oldral. conſ. 13. circa finem, Craueta in conſ. 75. nu. 24. Cephal. conſ. 603. nu. 27. lib. 4. Cacheranus deciſ. 170. nu. 10. Y aſsi es certiſsimo, que fue artificio, y dolo de los que deſearon que don Iuan ſe obligaſſe, diſponer que entraſſe ſuauemente en la obligacion, trazando vn poder ſin ciencia; y limitacion de la cantidad que ſe auia conferido entre los intereſſados deſte engaño, para que vna vez obligado en ſu eſtimacion, y dandole a entender que lo eſtaua; juzgaſſe por ineuitable la ratificacion de lo hecho, ſingulariter Natta ad propoſitum, cõſ. 172, nu. 22. tomo 1. ait: *Et ſic indicatur ibi propinquos ſuſpe-*

E ctos

ctos esse posse, quod in casu isto non est abhorrēs dicere, quia idem duo isti agnati non multò ante celebrationem præsentis contractus petierunt ab illo rurali iudice matrem cogi ad tutelam, quod non videtur factum alia de causa, nisi vt postmodum deueniretur ad præsentem alienationem, cui consensum eorum accōmodauerunt, & sic ostēditur eorum affectio, quam habebant, vt alienatio sequeretur, &c.
Y para facilitar mas la ratificacion de don Iuan, y assegurarle del engaño, se dissimulò el dolo con las solemnidades aparentes, referidas, para que con ellas el acto pareciesse justificado, y no temiesse, ni se escusasse de jurarle. Siendo assi, que la autoridad, y aprouacion del Alcalde de Alconchel, no solo fue nula, como se ha fundado, sino dolosa y simulada, pues se manifiesta el dolo y simulacion de auerse valido para esto del Alcalde puesto por doña Cecilia de Mendoça, como curadora de don Iuan, y vassallo suyo, subordinado a su voluntad, y que viuia y residia en su tierra: y assi la juridicion en cuya virtud aprouò el contrato, era de don Iuan, y la administracion de su madre, que deseaua el efeto del, como se ha dicho; mayormente estando tan cerca de Alconchel la ciudad de Badajoz, cabeça de su juridiciō, y Partido, adonde se auia de acudir para caso de tanta consideracion, y entre personas tan graues, vt singulariter, & in terminis indiuiduis considerat Natta dict. cons. 162. num. 20. ibi: *Et certè in casu isto militat aliqua suspicio machinationis, & fraudis, quòd ille contractus rei tam arduæ non fuerit celebratus in vrbe Astensi finitima, coram Episcopo, sed in rure, & coram ipso Rustico iudice, & quod peius est, coram eo iudice qui præpositus fuerat, & deputatus à magnifico & potenti domino Antonio de Ruere emptore, qui tunc habebat aliam dimidiam castri, & iurisdictionis cisternæ, vt patet ex litteris ipsius Episcopi, insertis in actis tutelæ: vnde meritò persona huius iudicis suspecta haberi debet, & cogitandum, quòd fauere voluerit domino Antonio emptori, maximè in exercitio illius officij, quod ab eo susceperat: nam vt dicitur in cap. visis 12. q. 2. Humani moris est eum vereri, cuius iudicio, & voluntate quis potest eligi, vel deprimi, & facit quod dicitur de suffraganeo, qui in causa Metropolitani, cui subesse debet, merito vt suspectus recusatur, cap. accedens, el primero, vt lite non contestata.*
Y ansi ò el ser juez municipal, ò puesto por doña Cecilia, y interessado en hazer su voluntad, era suficiente a verificar el dolo, y simulacion que interuino, mayormente considerando, que siendo vassallo de don Iuan, y exerciendo su juridicion,

cion, no pudo conocer desta causa, quando no estuuiera reseruada (como lo està, y se ha fundado) a juezes superiores, Bald. in l. 2. C. de sentent. quæ sine certa quantitate, &c. & alij, quos in terminis refert, & sequitur Bobad. lib. 2. cap. 16. num. 164. Porque aunque este caso fuesse de juridicion voluntaria, el examen, y conocimiento de causa tan exacto que requiere, es de juridicion contenciosa, l. 1. ff. de offic. Cons. in fine, ibi: *Apud collegam verò causa approbata potest.* Et Bald. eleganter ibidem nu 17. per illum text. ibi: *Vltimo nota hic mirabile, quòd quando in causa voluntariæ iurisdictionis emergit aliqua causæ cognitio, & probatio, quòd talis causa excipitur, quasi contentiosæ iurisdictionis in probatione, & ventilatione, sed in decreti interpositione suam retinet naturam, quod tene mente.* Ex quibus concludimus, que aunque el juramento pueda confirmar la obligacion espontanea que hizo vn menor sin estas solemnidades, no la confirmarà quando interuinieron aparentemente, y en orden a induzir al menor a que la jurasse, encubriendo con ellas mismas el dolo, y facilitãdo su execucion; y assi no es confirmable por el juramento, à quo semper dolus excipitur, vt probauimus, & est vulgare. Et vbi interuenit simulatio, nihil præstat iuramentum, Cinus, Baldus, & Angelus, in l. ab emptione, C. plus valere quod agitur, Bart. in l. si quis pro eo, D. de fideiussorib. Baldus in Rubr. D. de iure iurando, & in l. 1. C. de operis libertorum, Angelus in l. 1. C. de dote cauta non numerata, Menochius de remedijs, remed. 15. nu. 182.

30 His accedit, que el defeto de la solemnidad que se requiere, arguye dolo en el acto, Osascus decis. 109. nu. 9. qui refert plura. Et qui contrahit cum minore sine solemnitate, dicitur esse in dolo, & mala fide, Dinus in cap. qui contra iura, de regulis iuris, in sexto, Boerius q. 1. nu. 54. Socinus iunior cons. 69. nu. 45. lib. 1. qui dicit hanc esse præsumptionem iuris, & de iure, quæ oppositam probationem non admittit, Curtius iunior cons. 50. nu. 5. Menochius cons. 29. nu. 48. Y quando la solemnidad no interuino en sustancia, sino en apariencia, ay defeto de solemnidad, y simulacion della: y assi con mayor razon se anula el acto, y excluye el consentimiento por el dolo, qui facilius deprehenditur inter coniunctas personas; maximè tan interessadas como doña Cecilia de Mendoça en este caso, Bart. in l. non solũ 67. D. de ritu nuptiarum, per illum textum. Y assi pues el dolo anula el con-

trato,

trato, y enerua la fuerça del juramento, hoc fortius operatur simulatio, vt ratiocinatur Francisc. Ripa in l. nemo potest, D. de legat. 1. num 65. & 67. & ne idem sæpius repetamus, no se dizen aqui otras muchas circunstancias de dolo, que se ponderaràn adelante.

Tertio, & principaliter respondemus, q̃ don Iuan se obligò por miedo, y assi no se confirmò la obligacion por el juramento, y para esto se ha hecho por su parte prouança con mucho numero de testigos, vezinos de Alconchel, y criados y allegados de su casa de muchos años, que concluyen de vista el rendimiẽto de don Iuã a su madre en todas sus acciones, sin tener alguna libre, ni obrar por su voluntad y disposicion, ni atreuerse a cõtradezirla, y que sola por si, sin acuerdo, ni consentimiento de don Iuan ha dispuesto y ordenado todo lo que ha querido, sin dependencia de don Iuan, ni darle mano, ni parte en nada. Y en particular dizen, que no se atreuio a impugnar la escritura de capitulaciones, aunq̃ la otorgaua contra su voluntad, y q̃ assi se lo auia dicho a ellos muchas vezes. Y que quando el Marques, y su madre se salieron de Alconchel, luego que se apartò dellos, y se vio libre, reclamò, y protestò contra la escritura, en presencia de muchos de los testigos que deponen. Y Alonso Lopez de Olmedo dize, q̃ fue Alcalde ordinario de Alcõchel el año q̃ se efetuò el casamiento, y q̃ sabe, que no auer reclamado don Iuan antes, fue porque en aquel tiempo ningun testigo, ni ministro se auia de atreuer a guardar secreto de la reclamacion, por miedo de doña Cecilia, que como señora que tenia la juridicion, y gouierno, todos la temian: y que el mismo dia que se fue de Alconchel con el Marques su yerno, reclamò don Iuan, a que se hallò presente este testigo; y cita a los demas que dizen se hallaron presentes, y que el iba como Alcalde ordinario que a la sazon era: y que les encargò don Iuan el secreto pena de traydores, y ellos lo prometieron por lo que su madre lo auia de sentir, respeto de lo que deseaua el aumento de la dote de su hija. Francisco Rengel vezino de Alconchel, dize lo mismo, y que sabe, que si doña Cecilia estuuiera en Alconchel, nunca don Iuan se atreuiera a reclamar, y que assi no lo hizo antes. Catalina Sanchez, que viuia en las casas de don Iuan, que aunque tuuiera voluntad de reclamar, no lo auia de hazer antes, por la mucha sujecion y temor a su madre. El Licenciado Francisco Rodriguez

guez Gil Sacerdote, y Abogado de Alconchel, lo mismo; y que lo vio assi, y que don Iuan le dixo muchas vezes, q̃ auia de reclamar, y el se lo aconsejò, y no se atreuio hasta quando se ha dicho. Y lo mismo dizen otros muchos testigos, como consta del processo.

31 Esta prouança se ha referido ex abundanti, pues quando no la huuiera, las mismas escrituras q̃ otorgò don Iuan, y de que se vale el Marques, prueuan suficientemente, auerse otorgado sin voluntad, y con miedo: y para verificacion desto se presupone por conclusiõ cierta, que el miedo se prueua por indicios, conjeturas, y presunciones, vt plures communiter, quos referunt, & sequuntur Osasc. decis. 179. Craueta cons. 253. nu. 5. Cauallin. milleloq. 787. Grammat. decis. 103. n. 56 quia metus est difficilis probationis, Menoch. de arbitrarijs, lib. 2. casu 116. num. 17. & ideo ad illius probationem leuiores probationes sufficiunt, Menochius ibidem, & casu 136. Rebusso in const. Reg. tractatu de rescissione contractuum in præfatione, num. 14. Hippolytus singulari 325. Et probatur metus per locum à verisimili, & excluditur per locum à non verisimili, vt per Iosephum Ludouicum decisione Lucensi 10. nu. 12. & hinc est, quòd duobus testibus deponentibus de metu, magis creditur quàm mille deponentibus de spontanea voluntate, Ias. in §. omnes, vers. Quadrupli, num. 71. Inst. de actionibus, Maranta in suo speculo, disputatione 6. num. 36. Boerius decis. 100. num. 3. & 5. & 6. & cons. 39. nu. 13. Grammaticus decis. 103. nu. 60. Y tambien esto se presupone ex abundanti, porque del mismo hecho resultan euidencias deste miedo, vt apparebit ex sequentibus.

32 Primò, porque las capitulaciones se hizieron con orden, y poder de doña Cecilia de Mendoça, y era necessario en don Iuan mucho valor, y resolucion muy desembaraçada, y mas que de menor, para impugnarlas, mayormente estando en presencia de doña Cecilia, y procurando ella que se ratificassen, y tuuiesse efeto el contrato. Nam metus præsumitur in ratificante factum eius, cui debetur reuerentia, Decius in cap. causam matrimonij, colum. 2. de offic. deleg. vbi refert, & sequitur Paul. de Castr. Ancharr. Butrium, & Calderinum, idem Decius cons. 86. nu. 6. Osasc. decis. Pedemontana 177. nu. 5.

33 Secundò, Porque auiendo tambien don Iuan dado el po-

 der

der referido, aunque entendiesse la lesion delo capitulado en virtud del, es muy verosimil que temio no ratificarla, ansi por auer dado su madre el poder, como se ha dicho, como porque el le otorgò con su autoridad, y porque las capitulaciones se hizieron con persona tan graue como el Marques de Orellana, y en fauor de su hermana. Respetos, que qualquiera dellos hizieran timida la resolucion fragil de vn menor, consintiendo antes en su daño, que faltãdo (a su parecer) a la cortesia, palabra, y puntualidad de lo tratado, a la autoridad interpuesta de su madre, y curadora, al amor, y liberalidad con su hermana, temiendo su enojo, la indignacion de su madre, perder su credito con el Marques, la cẽsura de los que interuinieron en esto, y desayre con todos. Consideraciones bastantes a suspender la determinacion, y atreuimiento de vn varon muy sagaz y constante; mayormente concurriendo en don Iuan, demas de la menor edad, su cortesia, blandura de condicion, rendimiento a su madre, y parecerle que seria quiebra de su reputacion desviarse de lo concertado, sin entender por su poca edad y experiencia, que en sustancia no fuera descredito, sino valor, y sagacidad, atropellar con los medios puestos para su engaño. Y assi en qualquiera cosa destas se conoce, y verifica el miedo, pues se deue estimar por mayor (en personas de la calidad, y respetos de don Iuã) el de la verguença, y respeto, y no querer faltar a lo que toca en punto de reputacion, q̃ el de dolor, peligro corporal, ò perdida de hazienda. Glossa singularis in cap. cum dilectus, de eo quod metus causa, Rodericus Suarez allegat. 23. nu. 5. ait: *Vnde metus verecundiæ sufficiens est ad rescindendum contractum per officium iudicis, notabilis text. in l. non est verisimile, & ibi Bart. D. quod metus causa, Glos. in d. cap. cum dilectus.*

34 Tertiò se prueua el miedo, de la lesion grande que padecio don Iuan: ex enormi enim læsione validissimè probatur metus, Decius in cap. causam matrimonij, num. 6. de officio delegati, Boerius decis. 100. num. 9. Hippolytus singular. 673. Viuius in suis commun. opin. regula contractus, Paulus de Castr. cons. 177. cum alijs plurimis.

35 Quartò, por la protesta, y reclamacion que hizo don Iuan luego que se vio libre de su madre, y cuñado, junto con dezir los testigos, que le oyeron quexar despues de la ratificacion, de que auia sido sin su voluntad, y que no se atreuia à reclamar, y que lo auia de hazer: que con solo esto queda-

quedara prouado ſuficientemente el miedo; Argumento legis qui in aliena, §. Celſus, D. de adquirenda hæreditate, & per illum textum tenet in terminis Iaſ. ibi num. 28. & Romanus in l. de pupillo, §. ſi quis ipſi Prætori, D. de noui operis nuntiatione, melius Alciatus reſponſo 5. num. 8. Decius conſ. 219. num. 2. in fine, Gratus conſ. 38. num. 22. Crauetta conſ. 49. num. 8. Menochius præſumpt. 126. num. 23. & præſumpt. 4. num. 15. Hondedeus conſ. 29. num. 39. vbi inquit: *Et quòd probatio iſta, etiam ſubſequentium verborum metum iuſtificet, poſt Alciatum, Crauetam, & Decium, dixit Menochius, &c.* de quo etiam Alexander conſ. 99. nu. 4. & 12. lib. 3. Oldrald. conſ. 254.

36 Y ſi por parte del Marques ſe dixere, que reſpeto de la madre no ſe conſidera miedo reuerencial, con Mogollon in tractatu de his quæ vi, cap. 4. num. 15. donde cita a Burgos de Paz conſ. 3. nu. 55. & Hippolyt. conſ. 124. nu. 130. Se reſponde con euidencia.

37 Primò, que eſtos Autores hablan en diferentes terminos, ſcilicet, de miedo que ſe cauſa de amenazas, crueldad, y rigor. Y eſto conſta de la razon que dan, ſcilicet, que las mugeres ſe temen menos, porq ſon mas flacas, y no tan atreuidas como los varones. Y en nueſtro caſo no ſe habla deſte genero de miedo, ſino del que influye el reſpeto, la verguença, y el punto de no faltar a las obligaciones de reputacion, qui quidem metus maior eſt alio, vt diximus, & vt diuus Thom. ſecunda ſecundæ, q. 81. artic. 2. ait: *Reuereri eſt actus timoris*: & illud.

Plurimum terror patrare, plus poteſt reuerentia.
Reuerentiæ ſemper ferè adſitus timor.
Quod non patrat terror, patrat reuerentia.
Reuerentia eſt timore longè fortior.

Y como eſta reuerencia natural ſe deue igualmente al padre, y a la madre, vt omnes communiter in l. parentes 6. D. de in ius vocando, ibi: *Vna eſt omnibus parentibus ſeruanda reuerentia*, aſsi el temor y miedo que procede della, ſe deue conſiderar igual reſpeto de ambos.

38 Secundò reſpondemos, que la opinion de Mogollon, cõ los demas referidos, aun en los terminos que hablan no es abſolutamente verdadera, y anſi la reprueua Tomas Sanchez, y otros que junta, y ſigue don Iuan del Caſtillo, lib. 3.

contro-

controuerſ.cap.1. à nu.169. que porque lo juntò todo, nos remitimos a el, donde aſsienta por concluſion cierta, y ſeguida de todos, que la eſtimacion deſto ſe dexa al arbitrio del juez, para que por las circunſtancias del caſo determine qual ſea miedo ſuficiente, aſsi reſpeto de la madre, como de otros, pues en eſto no ſe puede conſtituir regla cierta. Y en eſte caſo concurren muchas circunſtancias, que manifieſtan claramente eſte miedo, porque no ſolamente le conſideramos reſpeto de doña Cecilia de Mendoça, ſino con las demas cauſas referidas, que obligaron a don Iuan a lo que hizo.

39 Prætereà, en doña Cecilia concurrio la calidad de curadora de don Iuan, que por ſi ſola baſtara para juſtificar el miedo reuerencial, vt Mogollon loco citato, cum Nauarro, & Henriq. quos refert, & ſequitur. Y con eſto concurre ſer don Iuan menor de edad, en quien baſtara mas leue cauſa de miedo, vt plurimos referens, tenet Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 2. titul. 7. num. 6. Menochius de arbitrar. lib. 2. centur. 2. caſu 135. Mandellus de Alua, conſ. 77. num. 2.

40 Tambien es muy de ponderar, que reſpeto de no auer impugnado, ni hecho contradicion don Iuan a coſa alguna de las que ſu madre queria, y diſponia, como los teſtigos dizen, y ſe conoce, viendo el miſmo hecho, ſe hallaria en eſta ocaſion con mas temor, y menos oſadia para oponerſe a lo que ſu madre quiſo con tanto afecto, y conſiguientemente temeria mas ſu indignacion y deſgracia, quien nunca le dio ocaſion para experimentarla: y anſi el temor deſto, como el de los demas accidentes que ſe han referido, obraron juſtiſsimo miedo. Nam ſufficit etiam nedum præcedens metus, ſed futuri timor, vt plures quos refert, & ſequitur Morotius reſponſ. 8. num. 28. dominus Valençuela conſ. 29. num. 52. Gutierr. conſ. 16. num. 5. & ſequent. & conſ. 40. num. 1. & 3. per textum in l. metum, cum ſequentib. D. quod metus cauſa, cap. boni, el primero, de electione, l. 15. tit. 2. part. 4. vbi Gregor. gloſ. 20. & vt eleganter ait Baldus, *cauſa metus probat metum, & hoc quia agens operatur in patienti diſpoſito.* Ex quibus concludimus, que ſiendo arbitraria la determinacion de qual ſea juſto miedo, ſegun las circunſtancias de los caſos, parece que en eſte ſobran muchas, pues qualquiera de

las

las referidas, persuade viuamente quan inuoluntaria y meticulosa fue la obligacion de don Iuan; & per consequens no la pudo confirmar el juramento, vt per omnes in cap. quamuis pactum, per illum text. de pactis, in 6. & omnes etiam in Auth. Sacramenta puberum, & alijs mille locis.

41 Quartò, & principaliter respondemos, que el juramento no confirma el contrato del menor, en que huuo lesion enormissima; y lo mismo procede en la enorme, por militar la misma razõ de dolo presumpto, siue re ipsa, en la vna, que en la otra, conforme a la opinion cierta, y que se deue seguir: y porque copiosa, y diligẽtemẽte juntò todo lo tocãte a este punto Castillo controuersiarum iuris lib. 3. cap. 2. nos remitimos a el. Y de la lesion enorme, y enormissima q̃ interuino en este caso, se haze demonstracion en el Articulo siguiente.

42 Et principaliter se responde, que quando no se huuieran fundado las respuestas precedentes, bastara para satisfazer concluyentemente al juramento, considerar que el Marques no cumplio con los capitulos del contrato que executa, particularmente con el de q̃ los bienes se auian de apreciar por personas que lo entendiessen, nombradas por las partes, como se funda en el Articulo 4. deste papel. Y es dotrina certissima, que aunque el contrato sea jurado, obsta a la accion que se intenta en virtud del, el defeto de qualquiera cosa que deuio guardar la otra parte, aunque sea minimo, vt tenet plurimi, quos refert, & sequitur Petr. Surd. qui de hoc videndus, cons. 52. nu. 34. & 35. & idem Surdus cons. 563. num. 2. & 3.

ARTICVLVS TERTIVS.

43 ¶NO Era necessario llegar a la Materia deste Articulo, pues auiendo fundado en los precedentes las nulidades de la obligacion de don Iuan, y que no la confirmò el juramento, aunque no tuuiera lesiõ, no se pudiera pedir, ni executar en virtud della, por auer sido nula, vt clarè constat ex dictis & allegatis iuribus, quod in tantum verum est, que aunque el contrato sea vtil al menor, es nulo por defeto de solemnidad, ò por interuencion de dolo; si no es que quiera el menor aprouecharse del, porq̃ en su fauor siempre claudica el contrato, ita communiter præter iura vulgaria tenent Iacob. Butrigar. Bart. Ang. Alber. Fulgos. Castren. Ia-

ſon, alijque ferè omnes in l. cùm hi, §. eam tranſactionem, D. de tranſact. Gloſ. in l. ſi fundus ſterilis, D. de reb. eorũ, Hieron. Gabr. conſ. 36. ſub nu, 47. vol. 1. Afflict. deciſ. 87. Capitius deciſ. 113. Iacob. Menoch. de arbitrarijs, centur. 2. caſu 171. nu. 60. Pinel. in repetitione legis 1. p. 3. ſub n. 31. C. de bonis maternis, & alij quam plurimi, quos refert, & ſequitur Simoncellus de decretis, tit. 8. inſpect. 17. nu. 124. Y aſsi quando no huuiera padecido don Iuan la leſion que ſe ponderarà, la nulidad de ſu obligacion obſtarà a la execucion della, conforme a la ley del Reyno, & eſt perſpicuum.

43 Sed ex abundanti dezimos, que quando ceſſara lo que ſe ha fundado en eſtos dos capitulos precedentes, baſtarà la leſion, de que hablaremos en eſte, para abſoluer a don Iuan, y reuocar la execucion hecha a pedimiento del Marques, quæ quidem læſio liquidò ex ſequentibus apparebit.

44 Primò, ſe prueua del miſmo hecho, y circunſtãcias del, que ſe han ponderado, prouança intrinſeca, y la mas fuerte que puede auer. Nam læſio probatur ex natura ipſius actus læſiui, Bart. Angel. Salicet. & Fulgoſ. in l. fin. C. in quib. cauſis reſtitutio, &c. Alexand. in l. nam & poſtea, §. ſi minor, nu. 8. & 9. D. de iure iur.

45 Secundò, porque don Iuan no tuuo obligacion de dotar a ſu hermana, porque eſto pertenecia en primer lugar a doña Cecilia ſu madre, vt eleganter, & in proprijs terminis Natta conſ. 658. nu. 1. ibi: *Circa primum clarum eſt, quòd frater ſororem dotare non tenetur de proprio patrimonio, ſed de ſuo ſoror debet dotari; quia paternum eſt officium dotare filias, non fraternum, l. qui filium, §. 1. D. vbi pupillus educari debeat, Gloſ. in l. cum plures, § . 2. in verbo, alio, & ibi Bart. & alij, D. de administr. tutor. Bald. in l. fin. verſ. Sed nunquid frater, C. de dotis promiſsione, Anton. de Butr. & Abbas in cap. peruenit, de arbitris, & habetur per modernos in l. 1. D. ſolut. matrim.* Et idem latè comprobatur per Siluanum conſ. 13. per totum, lib. 1. Y eſto procede aunque el hermano ſea poſſeedor del mayorazgo, porque teniendo padre, ò madre, qualquiera dellos le releua de la obligacion de dotar a la hermana, vt perſpicuè reſoluit Molina de primogenijs, lib. 2. cap. 16. n. 68. ibi: *Imò, nec frater maioratus poſſeſſor tenebitur alere fratres, vel ſororis habentes patrem, vel ſaltim matrẽ, qui illos alere, vel dotare poſsint, ſed tunc primæua actio in patrem, vel eo mortuo,*

vel

vel inope existente in matrem dirigenda erit, nec aliter quàm ipsis deficientibus in fratrem maioratus possessorem exercebitur, quod in patre apertissimè procedit: de matre autem ex text. in d. l. si quis à liberis, §. vtrum, D. de liber. agnoscen. vbi obligatio alendi liberos patre deficiente, in matrem transfunditur: idquè ex ea lege, & alijs in specie verum esse censuit Anton. Gom. in l. 40. Tauri, nu. 75. Idem tenet Surdus de alimẽtis, priuileg. 93. nu. 10. vbi se omnino ad Molinam refert.

46 Y aunque se diga que doña Cecilia de Mendoça no tenia bienes de que poder dotar a su hija, y que asi don Iuan no se pudo escusar desta obligacion. Se responde con euidencia, que la obligaciõ de don Iuan no tuuo por causa faltar bienes a su madre, ò hermana con q̃ poder dotarse, pues no se hizo mencion desto en las capitulaciones, ni en la ratificacion dellas, ni en la informacion de vtilidad y prouecho, ni huuo conocimionto de causa, y examen de si doña Maria de Mendoça tenia bienes, ò su madre los tenia para dotarla. Inquisicion precisa, que se deuio hazer para que el acto no fuesse doloso y lesiuo, como se fundò largamente en el Articulo primero. Y asi la obligacion que hizo don Iuan, no mirò a la necessidad de su hermana, pues no constò que la tenia por estos medios juridicos, sino a liberalidad y largueza, facil, y mal considerada: quo casu es indubitable minorem restitui aduersus dotem sorori suæ datam, quia tunc dotare sorores liberalitatis opus est, vt dixit Baldus in l. illud, col. 1. C. de sacros. Eccles. cum alijs quã plurimis quos congerit Tiraquel. de priuilegijs piæ causæ, in proœmio.

47 Tertiò, quando cessara lo dicho, y se huuiera verificado con preciso conocimiento de causa, que doña Maria de Mendoça no heredò legitima de su padre, y que doña Cecilia no tenia bienes con q̃ dotarla, y se huuiera visto el inuentario de la hazienda que quedò de su padre, y las particiones que se hizieron entre los hermanos, y lo que tocò a cada vno, y el estado presente de la hazienda, y se huuieran ajustado las cuentas entre don Iuan y su madre, del tiempo que administrò su hazienda, y el alcance que resultaua dellas, y el valor de las rentas del mayorazgo de don Iuan, y si tenia empeño (quod omne necessarium erat priùs examinare, ex his quæ diximus) dezimos, que quãdo huuiera precedido todo esto, y constara que doña Maria no tenia bie-

nes para su dote, y que assi don Iuan deuia dotarla, adhuc fue leso enormissimamente, en auerse obligado por veinte mil cruzados. Y para euidencia desto se presupone, que esta obligacion de dotar a su hermana, la pudieramos considerar en don Iuan por tres respetos, ò como heredero de su padre, ò como posseedor del mayorazgo, ò como hermano de doña Maria: y es cierto que por ninguna destas consideraciones tuuo obligacion a dotar a su hermana en tanta suma. Como heredero de su padre, no admite duda, pues si dexò bienes libres, le tocaria su legitima a doña Maria; y si no los huuo, cessa la causa desta obligacion. Y si le consideramos como posseedor del mayorazgo, no le añade esta calidad mas obligacion de dotar a su hermana, de la que tenia por el respeto natural de hermano; porque esta diferencia ay entre el que recibe el mayorazgo inmediatamente del instituydor del, y el que sucede al vltimo posseedor: pues en el primer caso ay obligacion de dotar, o alimentar los hijos del fundador, por razon de la legitima que se les deuia en los bienes vinculados. Y esto cessa en el segundo caso, porque el fundador no deuio legitimas a los hermanos de sus sucessores, ni los grauò expressa, o mentalmente a alimentarlos, y assi no deuen hazerlo como posseedores de sus mayorazgos, sino como hermanos. Y en caso que como tales no deuieren dotar, o alimentar, no seràn obligados a hazerlo por razon de los mayorazgos que posseen. Dotrina solida, y verdadera, aunque comunmente mal entendida, mas apurada no es disputable; doctè & eruditè Barbosa in 4.p.legis 1. D.soluto matrim. num. 130. vbi post alia ad propositum ait: *Unde subinfertur annotatio ad tradita per Lambertinum lib. 3. q. 3. principali, artic. 6. & per Laram in l. si quis à liberis, §. idem rescripsit, num. 128. D. de liber. agnosc. dum dicunt, bona maioratus auiti non esse subiecta oneri alendi posteros, sed tantum alendi filios illius, qui maioratum instituit, & quibus ipse legitimam debebat. Nam ex suprà traditis verius dicēdū est indistinctè ex fructibus maioratus fratrem teneri dotare, & alere sorores inopes: non quidem ea ratione, quòd bona maioratus sint obnoxia huic oneri, sed quia ex charitate sanguinis, frater cogitur alere, & dotare sorores ex quibuscumque bonis liberis: atquè proinde hoc casu non poterit conueniri à sorore, quasi hæres vltimi possessoris maioratus, cùm frater non succedat in eo maioratu tanquam hæres, sed ex vocatione pri-*

mi

mi institutoris, l. 3. D. de interdictis, & releg. l. vnum ex famil. §. 1. de legat. 2. Corneus cons. 37. num. 19. lib. 3. Qua etiam ratione alij filij vltimi maioratus possessoris in bonis maioratus legitimam prætendere non possunt, Tiraquel. tract. primogeniorum, q. 5. Cephalus cons. 3. num. 62. lib. 1. Neque ipse vltimus possessor maioratus potest ea onera de nouo imponere, ex regula legis si adrogator, D. de adopt. Authent. de nupt. §. sed hæc quidem, collat. 4. Baldus cons. 360. num. 2. lib. 2. Præpos. cap. per venerabilem, §. quod autem, num. 45. qui filij sint legitimi. Cæterum tanquam fratrem sororem eum conuenire potest, vt ex propria persona, & obligatione dotē, & alimēta sibi exhibeat, iuxta supr. tradita, & docet Panorm. cap. licèt, num. 10. de voto, & cons. 12. colum. penult. lib. 1. & latiùs progreditur in proposito, idem latè comprobat, & resoluit Molina Theologus de maioratibus, disputatione 616 per totam, maximè à num. 8. præcipuè ibi: *Id quod paucis dicendum est, non ad aliud eos teneri, quàm tenerentur si non succederent in maioratu, & similiter essent diuites, & fratres, aut sorores eadem egestate laborarent; quare non tenentur quatenus successores in eo maioratu, sed quatenus diuites, eodemquè modo tenebuntur, aut non tenebuntur, siue maioratus à principio institutus fuerit ex Regia facultate, contingendo legitimas filiorum primi institutoris, siue non, ita institutus fuerit, sed fuerit legitimè absque Regia facultate institutus. Atque hoc tandem est quod vult Molina licèt rem non ita explicet, & quod vult Antonius Gomez l. 40. Tauri, nu. 75.* Hæc Molina Theologus.

48 Desta dotrina cierta y solida se concluye, que don Iuan no tuuo mas obligacion de dotar a su hermana, que la que tuuiera como hermano, quando no posseyera su mayorazgo: y assi examinaremos breuemente, què fue la obligacion precisa que tuuo como hermano de doña Maria de Mendoça, porque en todo lo que excedio della, tocando en la liberalidad, deue ser restituydo, vt dictum est, & amplius dicemus.

49 Y para esto se presupone por dotrina cierta, que la obligacion de alimentar el hermano a su hermana, no es precisa por derecho natural, y solo se funda en vna piedad, o decencia moral, Molina Theologus dict. disputat. 616. d. nu. 8. circa finem, ait: *Illud tamen subiungam stando in solo iure naturali, id simpliciter non esse debitum, sed solum ex quadam honestate morali, ac decentia, postulante id pietate, & coniunctione naturali,*

turali, quod genus debiti, nisi accederet dispositio iuris humani, quæ id solui præciperet, satis non esset, vt frater diues cogi posset illud soluere: quo fit, vt id non plus sit extendendum, quam fuerit iure humano statutum, receptũq́ fuerit in praxi: & idẽ repetit nu. 14. circa finem. De aqui procede, que la obligacion de dotar a la hermana es subsidiaria, y en defeto de no tener padre, ò madre, ò ascendientes que lo puedan hazer; vt præter ea quæ adduximus tenẽt omnes cõmuniter, qui de hac re scripserunt, & Socinus iunior in l. 1. num. 149. D. soluto matrimonio, & ibi Visitarinus nu. 124. Baldus in l. fin. vers. Sed nunquid, colum. 2. C. de dotis promissione, Baldus Nouellus de dote, 6. p. priuilegio 16. Curtius iunior cons. 10. colum. 3. Craueta cons. 189. in principio, & alij innumeri, & Molina Theologus loco citato, dict. num. 8.

50 Ex dictis consequitur, que la obligacion de dotar a la hermana, es no teniendo padre, ò madre, siendo ella pobre, y no teniendo otra cosa, y el hermano sobradamente rico, y teniendo la hazienda de calidad, q̃ no se necessite, ò desacomode: y aun en este caso no està obligado a dotarla, ò alimentarla con largueza, y ostentacion; sino honesta y moderadamente, para que pueda passar, ò tomar estado, no tã rico, ò lustroso, quanto no indecente; pues al hermano, y su familia importa mas que el case con lustre y ventajas, que no su hermana: y si para casarla auentajadamente se necessita, serà dificil hallar casamiento qual conuiene a la autoridad, lustre, y conseruacion de la familia de que es cabeça. Y aunque todo esto no necessitaua de alegaciones, por ser tan ajustado a la razon, se funda en dotrinas fixas, y cõmunes de los autores referidos, y otros muchos, Fulgosius cons. 228. colum. penult. num. 2. Corneus cons. 124. nu. 6. lib. 1. Alexander in additionibus ad Bartolũ, in l. fin. C. de iure dotium, vers. Si pater, Ias. in l. 1. num. 31. D. soluto matrimonio: idẽ Ias. in §. fuerat, nu. 105. Inst. de actionibus, Paul. de Castr. cons. 469. nu. 3. lib. 1. Campegius tract. de dote, 1. p. q. 22. Boerius decis. 129. nu. 3. Paulus de Castr. in l. maritum, nu. 8. D. soluto matrimonio, Afflictis decis. 290. nu. 9. Calcaneus cons. 7. nu. 19. vbi quòd vnum altare non debeat cooperiri, vt detegatur aliud, per capit. cùm causam, de præbẽdis, Barbosa in 4. p. legis primæ, D. solut. matrim. nu. 133. præcipuè ibi: *Dummodo ea dos ad pompam*

non

non constituatur, qui alios refert Natta d.cons.658. tomo 4. per totum, præcipuè num.3. ibi: *Quoniam frater non tenetur dotare sororem, nisi soror valde egeat, & frater valdè abundet.* Quæ omnia, & quod quis non debeat coarctare victum suũ propter alimenta alijs debita, comprobant etiam plures, quos congerit Mieres de maioratibus, 4.p.q.28. nu. 29. Y en mayorazgos procede esto cõ muy mayor razon, porq̃ el possedor del mayorazgo es cabeça de la familia, y la ha de conseruar, y quando està por casar, y sin sucesion, como lo estaua don Iuan, y conuiene tenerla, y teniendola criarla, y alimentarla; a que oy se halla tambien don Iuan obligado por tener hijos, como es notorio, lo principal que se deue atender, es que no necesite de modo que no pueda tomar estadoo con la comodidad y lucimiento que conuiene, quod bene ad propositum considerat Mieres de maioratibus, 4.part.dict.q.28.num.2. vbi ait: *Teneo quòd frater primogenitus tenetur dotare sororem, vel sorores inopes, si secundum facultates id facere potest. At quod est maximè aduertendũ, quia non passim hoc concedendum est, nisi quando primogenitus id facere potest, seruata sui status prærogatiua, & honore, quia cùm sit caput familiæ non est cogendus mendicare, nec sunt illi strictè nimis taxanda alimenta: ad quod præter ipsam rationem adduco insignem casum, in l.8. titul.13. part.6.* ibi: *De manera que lo puedan sufrir sin gran daño, facit lex 2. & 4. titul. 19 part.4. & l.2. titul.15. part.1.* ibi: *Si fuessen rentas que puedan sufrir mesuradamente a todos, faciunt multa quæ scribit Matthæus ab Afflictis in constit. Neapolit. lib.3. rubric. 14. num. 1. cum sequentibus.* Et Molina Theologus tractat. de maioratibus, disput. 616.num.8. litter. D. ait: *Quòd si fratres, aut sorores egeãt, neq; ascendentes habeant, qui alimenta eis possint ministrare, in primis frater, quantumcunque diues, non tenetur illis tam abundanter suppeditare alimenta, quàm abundanter dictum est, institutorem maioratus ex Regia facultate cõtingendo legitimas filiorum, teneri cæteris filijs, ac filiabus ea præstare, sed solum si commodè possit sine suo notabili detrimento, & egestate, tenetur illis tribuere annua, aut menstrua alimenta, quibus moderatè vitam suam traducant, &c.*

51 La aplicacion destas dotrinas tan ciertas, es indiuidual a nuestro caso, y a ninguno conuienen mas propiamente, porque don Iuan estaua por casar, y en edad y disposicion para

para tomar estado, en orden a la sucession, tan conueniente a la conseruacion de su Casa y familia, y por la obligacion que hizo, quedò sin bienes muebles algunos, y empeñados los de su mayorazgo; tan necessarios vnos y otros para tomar estado, y se constituyò en tãta necessidad, y empeño, que si no le huuiera alimentado, y alimentara el Marques de Castrofuerte su suegro, fuera impossible viuir sin indecencia: y aunque passa sin ella en casa del Marques, se halla con tantos acreedores, y aprietos, que no puede viuir en la suya, y el Marques con impossibilidad de alimentarle mas, y con gran empeño, y apretura, de los gastos q̃ ha hecho hasta aora; y todo deriuado de auer dotado a su hermana en suma tan excessiua, respeto del estado de su haziẽda, y disposicion de sus cosas; como todo es notorio, y està prouado larga y concluyentemente en el pleyto. Ex quibus (presupuestas las dotrinas referidas) se conoce cõ euidencia, que esta dote no solo fue excessiua en parte, sino viciosa en todo, pues don Iuan no tuuo obligacion a dotar a su hermana, con el riesgo de tantas incomodidades, sino solo en aquello que pudiera cumplir comodamente. Y esto se haze mas claro considerando, que ni el padre tiene obligacion a dotar a su hija siendo pobre, y aunque no lo sea absolutamente, se dirà que lo es para este efeto, si no tiene bienes suficientes para pagar la dote que promete a su hija, Bald. in Auth. prætereà, nu. 4. C. vnde vir & vxor, & in specie Afflct. decis. 179. ad fin. Mascar. de probat. 3. p. concl. 1150. n. 12. Glos. singularis in l. fin. C. de dotis promiss. verb. idoneam, vbi ait: *Quòd ille dicetur habere idoneam substantiam, qui habet talem & tantam, vt possit filiæ dotẽ soluere, remanentibus penes eum bonis necessarijs ad se alendum, & familiam, attenta dignitate*: quam ibi sequũtur Doctores, Aretinus cons. 17. n. 16. Siluanus cons. 2. nu. 17. facit cap. nullũ, el primero, 30. q. 5. ibi: *Secundùm possibilitatem*: & lex nepos Proculo, D. de verb. sig. & lex sed & si quis 19. §. sufficienter, D. de vsufr.

52 De todo lo dicho se concluye, que don Iuã no tuuo obligaciõ a dotar a su hermana cõ tan notable perjuyzio suyo, y que la dote se deue considerar excessiua en todo, ò por lo menos en la parte que don Iuan no puede pagar sin el daño notable que se reconoce, y ansi en lo que excedio de lo q̃

pudie-

pudiera cumplir, excedio tambiẽ de su obligacion, passando a liberalidad, ò facilidad erronea, en lo qual fue lesiua la promessa, vt præter ea quæ diximus, Natta in terminis, cõs. 658. n. 3. post alia ait: *Concludit Paul. de Castr. dictum excessum non valere prouenien s ex liberalitate, quoniam frater non tenetur dotare sororem, &c.* Y resuelue en todo este cõsejo, que en este excesso deue ser restituydo el menor: & idem tenet Panorm. cons. 12. col. vlt. lib. 1. & Iason l. 2. §. quod si in patris, n. 10. D. solut. matr. & videndus omnino de hac re Siluanus cons. 13. à num. 7. lib. 1.

Y si se dixere por la parte contraria, que don Iuan consiguio vtilidad de que su hermana casasse con el Marques de Orellana, Cauallero tan ilustre, y señor de su Casa y Estado. Se satisfaze facilmente con lo que queda dicho, porque don Iuan recibio gran perjuyzio de empeñar sus rentas, y dar a su hermana todos los muebles que tenia; y no huuiera recibido ninguno de que no se huuiera hecho este casamiento, pues no auiendo de conseruar su hermana la familia, pudiera casarla con vn Cauallero de mucho lustre y calidad, aunque no fuesse titulo, y señor de su Casa. Y esto se pudiera conseguir facilmente sin tanta dote, mayormente concurriẽdo en doña Maria de Mendoça su gran nobleza, poca edad, y demas partes; y ansi huuiera cumplido don Iuan bastantemente con la obligacion de su hermana, y preuenido prudentemente la que tenia, de no constituirse en necessidad, para cumplir con las de su casa y familia, como cabeça della: y que confor a la mente del fundador de su mayorazgo, deue representar el lustre y autoridad del.

53 Y aunque la ley del señor Emperador don Carlos primera, tit. 3. lib. 5. Recop. confirmada por la prematica del año de 623. (que dispone, que el que tuuiere mas de quento y medio de renta, no pueda dar en dote mas q̃ la renta de vn año) proceda en el padre dotador, y no en el hermano; por lo menos se infiere desta ley vna consideracion muy precisa, y es, que si a doña Maria de Mendoça la huuiera casado su padre, fuera dote legitima, y congruente, la renta de vn año de su mayorazgo, ò lo que montasse: y si el padre (cuya obligaciõ de dotar es precisa y natural) cumpliera con dar a su hija la renta de vn año, ò su valor, con mayor razon huuiera cumplido don Iuan con su obligacion subsidiaria, quando la dote de su hermana no huuiera excedido de la dicha renta de

 vn

vn año. Y es muy de notar, que la dicha ley no solo considera esta cantidad por dote congrua y suficiente, sino que la limita, juzgando lo demas por excesso, y superfluidad.

Alegase por parte del Marques de Orellana, que don Iuã no fue dotador en todos los veinte mil cruzados, pues se obligò tambien su madre, y hermano. Cæterum, esto es de poco momento, y se responde.

54 Primò, que en sustancia fue don Iuan dotador de toda esta cantidad, pues como consta abundantemente de las prouanças del pleyto, que los bienes muebles, y joyas que se entregaron al Marques, eran suyos; y quando no lo fueran, estauan obligados por la tacita legal, a las cuẽtas que se le auiã de tomar a su madre, del tiempo que administrò su hazienda, vt in l. cùm oportet, C. de bonis quæ liberis, cum vulgatis: y auiendosele tomado las cuentas, fue alcançada en grã suma de marauedis, como consta de las prouanças, y testimonios que estan en el pleyto; y por la demas cantidad en dineros, està executado don Iuan, sin que se aya pedido parte alguna a su madre, y hermano.

55 Secundò, y concluyentemente se responde, que quando doña Cecilia, y don Antonio de Meneses tuuieran bienes cõ que satisfazer a don Iuan las partes que huuiera pagado, y gastado por ellos, adhuc deuiera ser restituido, ò le cõsideremos obligado insolidum en toda la cantidad, ò como mancomunado en ella, y fiador ad inuicem con los demas obligados, porque al menor antes de pagar le restituye el derecho, aunque aya bienes de que pueda cobrar lo que ha pagado. Minor enim restituitur aduersus fideiussionem antequam soluat, etiã si possit à debitore seruari indemnis, quia interest potius non soluere, quàm solutum repetere, & litibus implicari, Glos. in l. 1. C. de filio fam. minore, quam plures sequuntur, & signanter Oddus de restitutione in integrum, q. 54. artic. 5. qui dicit communem, Lanarius cons. 16. nu. 13. Surd. cons. 46. n. 17. Morotius cons. 87. n. 24. in fin. pulchrè, & ex proposito Fontanel. de pact. nuptial. claus. 4. glos. 18. p. 3.

59 Tambien se conoce con euidencia la lesion y dolo que padecio don Iuan, de la forma en que se hizieron los aprecios de los muebles, y joyas que se entregaron al Marques, como referimos en los presupuestos del hecho: y la prouança que ay desto, y de que se hizieron en mucho menos de lo que valian, es abundante, y concluyente, con muchos testigos, vezinos

zinos de Alconchel, y de la casa de doña Cecilia. Francisco Hernandez, dize que vio como doña Cecilia de Mendoça entregò vna memoria a Andres Ferraz, y Blas Vsarte, de los bienes, y joyas que se auian de entregar al Marques por cuẽta de los veinte mil cruzados, y que los susodichos hizieron la cuenta de lo que valian en presencia deste testigo, y montò al pie de quinze mil ducados, y les oyò dezir, q doña Cecilia no queria q̃ se cargassen mas de en onze mil ducados, y que encargaua su conciencia en darlas tan a menosprecio.

Diego Tinoco, que lo oyò dezir publicamente en el lugar, y a doña Maria de Zalamea vezina de Alconchel, que valian mucho mas, y se dieron a menosprecio.

Blas Vsarte, que lo oyò dezir a las criadas de doña Cecilia, y otras personas que se hallaron presentes, y que no se aualuarõ por Plateros, ni otras personas que lo entẽdiessen.

El Licenciado Gabriel de Nauarrete, que se hallò presente a los aprecios, y tiene por cierto todo lo que contienen la 6. y 7. pregunta del interrogatorio de don Iuan, y assi lo dixeron todos los demas que se hallaron presentes, y que lo conocieron, del modo nueuo de apreciar, y de la voluntad que conocieron en doña Cecilia.

Francisco Pantoja, que Maria de Roças su muger fue llamada de doña Cecilia para el entrego que hizo a Pedro Vazquez Rayo, y le dixo al dicho Pantoja, que auiendo puesto ella, y doña Maria de Nauarrete su prima, los aprecios a la ropa de lino, y lana, labores, y otras cosas deste genero, doña Cecilia no auia querido que se pusiessen en su valor; y auia quitado mucha cantidad de la que ellas auian puesto; y que fue publico y notorio en la villa, que todos los bienes fueron en menos precio. Y que oyò dezir a don Iuan, que las joyas valian mucho mas, y que no osaua hablar por miedo de su madre, y que era publico y notorio.

Bartolome Berjano lo mismo, de oydas a las criadas, y el mucho amor que tenia doña Cecilia a su hija.

Diego Diaz Lorenço, lo mismo de publico.

Diego Lopez, que vio las joyas, y eran tan preciosas, que valia mas la hechura, que lo principal, y que se hizo assi por aprouechar mas a su hija. Y que sabe, que quarenta y nueue botones de oro, con tres perlas cada vno, se compraron de don Christoual Osorio Portocarrero, por seiscientos ducados, y que quien los pagò se lo dixo a este testigo.

Alon-

Alonſo Lopez Olmedo, lo miſmo en todo, de publico y notorio entre los criados, y criadas; y oyò dezirlo, y quexarſe a don Iuan, y que eſto ſe hizo aſsi por el mucho amor que doña Cecilia tenia a ſu hija, y animo de aprouecharla.

Franciſco Rengel, que conſiderò las partidas de los recibos vna por vna, y los diamantes, y demas piedras que ſe mencionan, y entiende es grande la leſion, y que fue por el amor que doña Cecilia tenia a ſu hija.

Franciſco Gomez Pecellin, que ſe hallò preſente al entrego que ſe hizo a Pedro Vazquez Rayo, y vio q̃ doña Maria Nauarrete muger de dõ Antonio Nauarrete, y Maria de Roças muger de Franciſco Pantoja, iban poniẽdo precios a cada coſa, y doña Cecilia los hazia eſcriuir en mucho menos: y oyò entonces dezir a todos los que ſe hallaron preſentes, q̃ iban en mucho menos, y a perſonas que lo entendian, que valian las pieças mucho mas.

El Licenciado Franciſco Rodriguez Clerigo, y Abogado de Alconchel, que oyò dezir publicamente, que ſe auiã apreciado los bienes en mucho menos, y q̃ ſe lo dixo a doña Cecilia, y le reſpondio, que queria dar guſto al Marques.

Don Gil Tinoco dize lo miſmo, de publico y notorio, y q̃ no dexaua hazer aprecios juſtos a doña Maria de Nauarrete, y Maria de Roças: y que doña Maria de Mendoça viendo el menoſprecio grande, contradezia a ſu madre.

Gatalina Sanchez, que ſe hallò preſente a los aprecios, y q̃ doña Cecilia de Mendoça quitaua vn pedaço a lo que ponia a cada pieça doña Maria de Nauarrete, y Maria de Roças, y ellas, y los demas que eſtauan preſentes lo murmurauan, y que era cargo de conciencia, y que por ſer muchas las pieças, y de gran valor, ſeria grande la quiebra.

Maria de Roças, que ella, y doña Maria de Nauarrete ſe conformauan con el guſto de doña Cecilia, y que le parecio que ella no haria las pieças por los precios a que ſe ponian.

Iuan Garcia, que ſe hallò preſente al entrego, y que vio murmurar a los que eſtauan alli el menos precio, y que doña Cecilia lo hizo por el amor que tenia a ſu hija.

57 Deſte hecho tan verificado ſe infiere, que quando ceſſarã todas las excepciones, y conſideraciones tan preciſas que ſe han ponderado por dõ Iuan, eſta ſola baſtara para abſoluerle de la execucion, pues auiẽdo recibido el Marques en precio de onze mil cruzados, lo que valia mucho mas, no es reſiduo

ſiduo liquido,ni cierto el de los nueue mil porque eſtà executado don Iuan.

Dizeſe a eſto por parte del Marques, que la cantidad de nueue mil cruzados es liquida,y el mas valor de los bienes q̃ ſe le entregaron no eſtà liquidado, y que aſsi la execuciõ de lo liquido no ſe deue impedir por lo no liquido, y que eſta pretenſion no es deſte juyzio.

9 Sed reſpondemus,que eſta regla no ſe aplica al caſo preſente,por dos razones. Primà, porque del hecho verificado y referido ſe reconoce claramente, q̃ don Iuan fue leſo y engañado enormemente en eſtos aprecios, pues quando no huuiera otra circunſtancia ſino la forma con que ſe hizieron, manifieſta bien el dolo y leſion; y aſsi por eſto, como por lo que reſulta de la prouãça,qualquiera de buen juyzio los juzgarà por leſiuos y doloſos,porque la determinacion de ſi ay leſion,y ſi es enorme,ò enormiſsima,ſe dexa al arbitrio,y religion del juez,por las circunſtancias del caſo; pues en eſto no ſe puede conſtituir regla cierta,vt omnes (nemine diſſenciente)fatentur,multos refert don Iuã del Caſtillo lib. 3.cõtrouerſ.cap.2.n. & alios multos Fontan. de pactis nupt. clauſ.4.gloſ.18.n. Y reconociendoſe eſta leſiou tan patẽte,deue ſer reſtituido dõ Iuan, y eſta reſtituciõ impide la via executiua,quæ petitur iure minoris,vt ſtatim dicemus.

60 Secunda ratio eſt, que aunque la cantidad del mas valor de los muebles,y joyas q̃ recibio el Marques, no eſtè liquida,pudiera don Iuan(quando ſe valiera deſta excepcion ſola)retener lo que ſe le pide, haſta q̃ ſe hizieſſen los aprecios juſtos,y en la forma que ſe capitulò: porque aunq̃ no ſe puede hazer compenſacion ſino de deuda liquida, vt in l.fin. C. de compenſationibus, tamen retentio etiam pro debito illiquido competit,vt expreſsè tradunt Barboſ.in l.diuortio,§. ob donationes,n.2.D.ſolut.matrim.Medices de compenſationibus,p.2.q.16.n.20.Coſta de rata & quotta, q.58.n.2. Capic.deciſ.17.n.7.Gram.deciſ.92.n.20. Y lo que no dexa duda en lo dicho,es, que en la eſtimaciõ y aprecio de los bienes que ſe dan en dote,qualquiera deſigualdad que aya, por minima que ſea,ſe tiene por baſtante leſion, para q̃ ſe deshaga y reforme,aunque ſea entre mayores de edad, vt ſunt iura in l. iure ſuccurſum 7.in fin.D.de iure dotiũ,l.ſi res 13.§.1. eod.tit.& Bald.in d.l.iure ſuccurſum,§.fi.ſummat nullã leſionẽ in dote ferendam eſſe, idem tenẽt Alberic.in l.ſi circunſ-

cripta,C.ſolut.matrim.Imola in cap. cum dilecti, n.16. de empt.& vendit.& tanquam receptum tradit Anton. Burgensis in cap.cauſam,n.48.eod.titul.Nouellus de dote, 7.p.priuileg.35 & Baptiſta à S.Blaſio,priuileg. 18.& tanquam receptum tradit Anton.Gom. in l. 50. Tauri, n. 44. adducens legem Partitæ,quæ vero ſimiliter manaſſe videtur ex Azone in Summa,C.de iure dotium,quem ad hoc refert Afflict. deciſ. 270.n.3.Coſtalius in annotationibus ad Pandectas,in d.l.iure ſuccurſum,§.fin. Y la razon deſta eſpecialidad, es la ſinceridad y buena fee,que deue abundar en la eſtimacion,y aprecio de las dotes, vt verè tradit Pinell. in 1.p.l. 2.C.de reſcind.vendit.nu.16.qui omnino de hoc videndus.

61 Denique,ſe conoce tambien con euidencia la leſion, dolo,y ſimulacion que padecio don Iuan, y el animo con que fue ſiempre doña Cecilia ſu madre,de vna eſcritura preſentada por parte del Marques, deſpues de viſto eſte pleyto, por la qual en ſuſtancia ſuena auerſe obligado don Iuan por Febrero del año paſſado de 622. a dotar competentemente a doña Maria de Mendoça ſu hermana,por ſer pobre, y ſer aſcendiente comun de los dos, el fundador de ſu mayorazgo: y para hazer eſta eſcritura,y otras,en fauor de doña Cecilia, dio peticion don Iuan ante el Alcalde ordinario de Alconchel,para que le nombraſſe por ſu curador a Andres Ferraz ſu vaſſallo, renunciando por eſta vez ſu juridicion para eſte caſo, y el Alcalde le nombrò, y con ſu autoridad, y licencia otorgò la dicha eſcritura; a la qual conuienen y ſe aplican todas las conſideraciones de dolo, engaño, miedo, ſimulaciõ, y demas defetos que ponderamos en las capitulaciones, y ratificacion dellas,y aſsi no ſe repiten otra vez. Solamente ſe aduierte,que en eſta eſcritura (ſi es verdadera) ſe reconociò,que doña Cecilia era intereſſada en que don Iuan ſe obligaſſe a dotar a ſu hermana, y aſsi ſe preuino que fueſſe otro curador para eſto, paliando eſte dolo con otro mayor, que fue nombrar la juſticia de Alconchel a Andres Ferraz. Y eſto ſe apunta ex abundanti, porque como quiera que ſea, eſta eſcritura no tiene cantidad ſeñalada, y hemos fundado qual dote fuera competente en doña Maria, ni ſe preſentò en tiẽpo,ni eſtà don Iuan executado en virtud della, y aſsi en los dias de la opoſicion no ſe pudo defender, alegar, ni prouar contra ella,ſiendo cierto, que el juyzio executiuo ſe deue determinar por lo deducido antes de la opoſicion, para que en

en los dias della pueda la parte executada defenderse, y prouar lo contrario.

62 De todo lo dicho, junto con que Bartolome de Cantillana no tuuo poder para capitular que doña Cecilia auia de mejorar a doña Maria, y otras muchas circunstancias, que no se ponderã por no alargar mas este papel, y porque se conocen del mismo hecho, y capitulaciones, resulta con euidẽcia, que don Iuan deuiera ser restituido, quando la obligaciõ no huuiera sido (como es) ipso iure nula: y consiguientemente, que por esta restitucion se deuiera reuocar la execucion. Porque aunque se disputa si la restitucion in integrum se deue admitir contra executionem contractus, en que ay variedad de opiniones, proceden quando petitur iure maioris; mas quando se pide iure minoris, como en nuestro caso, es resolucion cierta y verdadera, que se admite contra la execucion, de quo videndus omnino Parlador. lib. 2. quotidianarum, capit. fin. 5. p. §. 11. n. 53. Mayormẽte quando la lesion en que se funda la restitucion, consta del mismo hecho, ò se verifica en los terminos sumarios de la via executiua, como se ha hecho en nuestro caso. Nam tunc, aunque se pidiera iure maioris, se deuiera admitir, vt expressè Bart. in l. 4. §. condemnatum, n. 4. D. de re iudic. cum cæteris, qui eum sequuntur, & videndus Petrus Syria practicarum forensium quæstionum, quæst. 17. per totam, maximè num. vltim.

ARTICVLVS QVARTVS.

63 ¶QVANDO Cessara todo lo que se ha fundado en los tres Articulos precedentes, pudieramos fiar de la materia deste solo la pretension de don Iuan, el qual opone, que no se ha cumplido lo capitulado en la escritura en cuya virtud està executado. Porque vna condicion de los capitulos matrimoniales fue, que los bienes que se auian de entregar al Marques, se auian de apreciar por personas peritas, nombradas por las partes; y no se cumpliò esta condicion, y se hizieron los aprecios en la forma, y con la simulaciõ que se ha referido, y assi no se repite aqui. Con lo qual nos hallamos en los terminos indiuiduales de las decisiones, y dotrinas tã ciertas como vulgares, scilicet, que el no auerse cumplido qualquiera de los capitulos del contrato, por minimo que sea, obsta a la accion, ò execucion del, l. Iulianus, §. offerri, vbi Bart. D. de action. empti, l. quæro, §. inter locatorem, D. locati, l. cum proponas, la segunda, C. de pactis, aunq̃ el defeto

feto sea in minimo,vt pulchrè Bald.in l.iuris gentiũ,§.adeo, in secundo notabili,D.de pactis,quẽ sequuntur Decius, Natta,Cephal.Menoch.& Beccius,quos refert,& sequitur Surdus consi.563.à num.1. & non modo impleri debet contractus circa substantialia,sed etiam circa naturalia,& accindẽtalia,vt agi ex eo possit,Bald.in l.pacta conuenta, C.de pactis,& alij innumeri,quos allegat Tiraquel.in tractat.de legib.connubialib.l.13. innumeros cumulat idem Surd.cons. 52.a nu.30.donde funda largamente,que aunque el contrato sea jurado,esta excepcion impide la execucion del; porq̃ el consentimiento de cumplir el contrato , es en caso que la parte que le executa aya cumplido todas las condiciones del enteramente.

Esta resolucion tan cierta se aplica a nuestro caso cõ mayor razon, pues aunque procediera tambien quando la forma de los aprecios capitulada,no huuiera sido perjudicial a don Iuan,ex abundanti consta que lo fue,y el engaño,y simulacion que huuo en los dichos aprecios , como se ha fundado largamente. Añadiendo a esto, que para que se huuieran hecho justamente, se auiã de auer nombrado por las partes personas peritas,como se capitulò, las quales auiã de jurar, como se haze siempre,vt est notum: y aun auia de concurrir otra circunstancia precisa,scilicet,que los apreciadores por parte de don Iuan,los auia de nombrar la justicia,y despues auia de aprouar los aprecios,porque dellos resulta cõpra,y venta,vt sunt iura vulgaria etiam in dubio,vt resoluunt omnes,quorũ plures refert Pinel.in 1.p.l.2. C.de rescind.vend. cap.1. Y como para vender los bienes preciosos de vn menor,se requiere decreto,y aprouacion judicial, ansi es necessaria para estos aprecios.

De todo lo dicho se concluye , que la obligacion porque està executado don Iuan,es nula ipso iure. Que quando huuiera sido valida,se rescindiera por el engaño,dolo,y simulacion que interuino en ella. Que quando fuera valida , y no se rescindiera,obstara a su execucion no auerse cumplido cõ lo capitulado. Excepciones todas legales , y juridicas, y qualquiera dellas suficiente a que se reuoque la execucion, como lo esperamos. Salua in omnibus,&c.

En Madrid por la viuda de Iuã Gõçalez, año 1633.